

طرق الإيمان السرية

مع بيان الحقائق المذهبية المتقوية
وسوق الأدلة والموازين بين
مقالاتها القسرية
ومعلقاً عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومعكم التفتت

من قسكم

المستشار

الرحوم الإمام الشيخ

وأصل علاء الدين أحمد إبراهيم

أحمد إبراهيم بك

القائم رئيس المحكمة الدستورية العليا
المستشار بمحكمة النقض سابقاً

وكول كلية الحقوق جامعة القاهرة
وأستاذ الشريعة الإسلامية الأسبق بالجامعات والأزهر

بطلب من

المكتبة الأزهرية للتراث

٩ درب الأثر الكحلف الجامع الأزهر الشريف

ت: ٥٩٧٠٨٤٧

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

طرق الإيباك الشرعية

مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية
وسوق الأدلة والموازنة بينها
ثم مقارنة بالقانون
ومعلقاً عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض
ومواد قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

من قلم

المستشار

المرحوم الإمام الشيخ

أحمد إبراهيم بك

واصل علاء الدين أحمد إبراهيم

وكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة
وأستاذ الشريعة الإسلامية الأسبق بالجامعات والأزهر

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا
المستشار بمحكمة النقض سابقاً

الطبعة الرابعة

مزيدة ومنقحة وفقاً لآخر التعديلات
وخاصة القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع
وأجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية
والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الحسبة
ومشروع قانون محاكم الأسرة

٢٠٠٣

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم نادى القضاة

الحمد لله الذى بعث من عباده من يجدد لهذه الأمة أمر دينها، وأقام فى كل عصر من يحوط هذه الكلمة بتشيد أركانها، وتأيد سننها وتبينها، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله.

ما من شك أن الإسلام بشريعته هو المعين الأصيل لجميع نظم الدنيا، وهو معين شجاع يجود على كل ملتمس، ومحال أن يدعى أى مقترف الاحاطة بإسراره أو سير اعواره ولنا فى فقهاء الإسلام الاجلاء، وأئمة المذاهب الأربعة وغيرهم خير أسوة، حين يختتمون جهدهم بقولهم «والله أعلم».

وقد طوت صفحات هذا الكتاب فى طبعته الرابعة. طرق الإثبات الشرعية ومقارنتها بقانون الإثبات معلقاً عليها باحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والتعليق على قانون الحسبة والقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ومشروع قانون محاكم الأسرة.

رحم الله أستاذنا وشيخنا الجليل الإمام الشيخ «أحمد ابراهيم بك» رحمة واسعة لما قدمه للإسلام والمسلمين.

وشكراً لأبنه زميلنا السيد المستشار واصل علاء الدين نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا ونائب رئيس محكمة النقض الأسبق. الذى رحب بطلب النادى طبع هذا الكتاب، وفاءً منه لأسرته القضائية وإهدائه أيضاً إلى مكتبة القضاة .

فوضع المؤلف المائل على هذه الصورة الشاملة التي تعين القاضى على أداء رسالته، وإننا على يقين من أن هذا الكتاب سيكون مورداً عذباً لكافة فقهاء وقضاة مصر وسائر المشتغلين بالقانون.

نسأل الله سبحانه وتعالى قبول هذا العمل، ونتضرع إليه أن يمنحنا رضاه، أنه نعم المولى ونعم النصير، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

٢٠٠٣/٧/١

المستشار

زكريا أحمد عبدالعزيز

رئيس محكمة الاستئناف

رئيس نادى القضاة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الطبعة الرابعة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم المرسلين..
وبعد :

أسعدني أن قدمت إلى إخواني المشتغلين بالقانون الطبعة الثالثة للمصنف الفقهي «طرق الإثبات الشرعية» أحد ثمرات جهود المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك، وقد ظهرت الطبعة الأولى «طرق القضاء في الشريعة الإسلامية» سنة ١٩٢٨ وسبقته طبعات مدرسية موجزة منذ سنة ١٩١١ وجاءت الطبعة الثانية سنة ١٩٤٠ دراسة مقارنة لطلاب دبلوم القانون الخاص والطبعة الثالثة سنة ١٩٨٤ .

وعنيت في تلك الطبعة الثالثة الحاق ما سطره المؤلف رحمه الله بالطبعتين الأولى والثانية، وأضفت أحكام محكمة النقض ومواد قانون الإثبات الحالي ومواد مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الذي اعتمدت المذكرة الإيضاحية لأغلب مواده اعتماداً كبيراً على الطبعة الأولى من هذا المصنف.

والقواعد التي انتظمها هذا المؤلف هي قواعد الإثبات الموضوعية المتصلة بذات الدليل - كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحة وبيان قوته وأثره القانوني - والتي تخضع في مواد الأحوال الشخصية للشريعة الإسلامية، وكذا إجراءات الدليل وإجراءات الإثبات وغيرها من الشروط الشكلية والتي تخضع الآن لقانون المرافعات والإثبات (١).

(١) إعمالاً للمادة ٣ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

- الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية. إجراءات الإثبات الشكلية. خضوعها لقانون المرافعات. قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل. خضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية م ٦٠، ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، م ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

الطعن رقم ١٢٠ لسنة ق «أحوال شخصية» جلسة ١٥/١٢/١٩٩٨.

طعن رقم ٤٨ سنة ٣٠ق، رقم ٢١ سنة ٣٨ق، ٣٢ سنة ٤٠ق، ٢٢٨ سنة ٤٠ق مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ص ١٤٥ قاعدة ١٨، ص ٦٥٩ قاعدة ١٨٤٣.

وإذ نفذت أعداد الطبعة الثالثة منذ فترة فقد طالبني الزملاء كما طلب مني سيادة المستشار رئيس نادى القضاة إعادة طبع هذا المصنف والحاق التعديلات الجديدة به. فوافقت لما في ذلك من فائدة لزملائي وأبنائي أعضاء الهيئة القضائية خاصة والمستغلين بالقانون عامة.

وقد عنيت في هذه الطبعة الرابعة إضافة ما تعلق بالموضوعات من أحكام المحكمة الدستورية العليا، والحديث من أحكام محكمة النقض حتى إعدادها للطبع .

وكذا التعليق على مواد القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، ما يتعلق منها بالولاية على النفس وما يتعلق بنظر الدعاوى وإجراءاتها، وكذا دعوى الخلع.

كما عنيت أيضاً بالتعليق على القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة فى مسائل الأحوال الشخصية، وأفردت بحثاً مستفيضاً عن الحقوق التى ترفع بها الدعوى حسبة وإجراءات هذه الدعوى أمام النيابة العامة والمحاكم على اختلاف درجاتها.

كما أدرجت بالكتاب مشروع قانون محاكم الأسرة ومذكرته الايضاحية وتعليق على المشروع .

وأحمد الله على توفيقه فى إخراج هذه الطبعة وأسأله تعالى أن يوفقنى فى إعداد بعض مؤلفات المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك فى باقى فروع الشريعة الإسلامية.

والله ولى التوفيق

مايو سنة ٢٠٠٣

واصل علاء الدين أحمد إبراهيم

الإمام الفقيه الشيخ أحمد إبراهيم بك
علم من أعلام الفقه الإسلامى
فى القرن الرابع عشر الهجرى

١٨٧٤-١٩٤٥ م

١٢٩١-١٣٦٤ هـ

أحمد إبراهيم: فقيه باحث مدرس. من أهل القاهرة. تخرج بدار العلوم سنة ١٣١٥ هـ. واحترف التعليم فكان مدرس الشريعة فى مدرسة القضاء الشرعى ثم فى كلية الحقوق. وكان من أعضاء المجمع اللغوى. امتاز بأبحاثه فى المقارنة بين المذاهب والشرائع. له نحو (١٥) كتاباً، منها «أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية» و«التنفقات» و«الوصايا» و«طرق الإثبات الشرعية» فى الفقه المقارن و«أحكام الهبة والوصية وتصرفات المريض» وكان سمح الخلق ألوفاً مرح النفس.

الإعلام للزركلى

(ج-١)

(ص-٨٦)

«أستاذى الجليل أحمد إبراهيم حسبك أنك حررت عقلك من التعصب وأطلقتته من أسر الجمود، وبعثت فى تلاميذك روح البحث الحرة، وملكة النقد الصحيح.. فإذا كنت لم تترك ثروة مالية يقتبسها ورثتك، فقد تركت ثروة علمية يقتبسها المسلمون... وما مات من كانت بقاياه مثل بقاياك، وما انقطع عمل من ترك للناس مثل علمك والله يتغمذك برحمته ويجزيك خير الجزاء.

الشيخ عبد الوهاب خلاف

«كرس حياته - رضى الله عنه - لاستنباط أسرار الشريعة السمحة، والكشف عن دقائقها، ومميزاتها وذخائرها، وما تمتاز به عن سائر الشرائع، فكان يعنى بالمقابلات الطريفة والمقارنات الدقيقة بين المذاهب والآراء والعقائد، وطرق التدليل، والتفسير، والتأويل التى تنطوى عليها مباحث علماء الإسلام.. فهو طراز نادر بين الأساتذة، والعلماء، ولعله كان المثل الأعلى والنموذج النادر بين هؤلاء جميعاً».

العلامة الحقوقي الكبير

إبراهيم دسوقي أباطة باشا

«وبوقوفنا على مزايا هذا المنهل العذب، والبحر الزخار فى شخصيته العلمية الفريدة..... ينكشف لنا سر نبوغ الشيخ محمد أبى زهرة والشيخ عبدالوهاب خلاف.. فيما لمعابه من المقام العلمى والصفاء الذهنى، والدقة الفقهية البالغة، وأن ذلك مرتكز فضائل هذا الأستاذ الكبير.. وإذا كان نطاق شهرتهما أوسع من نطاق شهرة شيخهما أحمد إبراهيم فذلك لأن الشيخ ظهر ومحيط الدراسات الإسلامية كان محدوداً وهما جاءا على أثره، وقد اتسع ذلك المحيط العلمى فكان لهما شهرة أوسع من شيخهما، بما أسس هو لهما، وفتح أمامهما، فكانا حسنة من حسناته وأثراً من آثاره العظيمة».

محقق الشام العالم

الشيخ عبدالفتاح أبوغده

الأستاذ بكلية أصول الدين والدراسات العليا

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المغفور له أحمد إبراهيم إبراهيم

وكيل كلية حقوق القاهرة

ورائد من روائد الشريعة الإسلامية

لفضيلة المرحوم الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة

فى ٣٠ من يناير سنة ١٨٧٤ ولد نابغة من نبغاء مصر فى حى من أحياء القاهرة نزحت أسرته إليه من قرية من قرى مديرية الشرقية فهو شرقاوى النسبة قاهرى المنبت، ذلكم هو الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم الذى كان نجماً من نجوم الشريعة الغراء، بل أنه بلغ درجة الإمامة فيها.

وما أتى بعد الإمام الفقيه العلامة ابن عابدين الشامى فقيه مثل الشيخ أحمد إبراهيم رضى الله تعالى عنه.

وقد نشأ نشأة دينية، فحفظ القرآن الكريم، واتصل بالأزهر الشريف وطلب العلم فيه حتى شب وترعرع واستمكن من العلم الإسلامى والبيان العربى.

ثم بعد ذلك دخل مدرسة دار العلوم العليا التى كانت تخرج مدرسى العربية والشريعة فى مدارس الدولة المصرية.

وكان ذلك فى سنة ١٨٩٣ وقد ظهر نبوغه فيها نبوغاً واضحاً فكان أول الناجحين فى كل سنة من سنيها، ونال شهادتها العالمية وكان الأول فيها، ويلاحظ أنه كان فى فرقته بعض أعلام الفقه فى مصر، كالمرحوم الشيخ عبد الوهاب النجار، والمرحوم الشيخ عبدالعزيز جاويش الذى اشتهر بالسياسة كاشتهاره بالعلم الإسلامى، والمرحوم الشيخ حسن منصور الذى كان يعد نجماً لامعاً فى القرآن الكريم وتفسيره وكان من هذه الفرقة بعض الذين نبغوا فى المحاماة الشرعية وعلوا فيها كالمرحوم الشيخ محمد عز العرب، فكانت فرقته ممتازة بين خريجي دار العلوم،

وكان هو ممتازاً على هؤلاء الممتازين.

وعند تخرجه أختير معيداً في مدرسة دار العلوم التي نبت فيها، ثم انتقل مدرساً بعد ذلك في مدرسة الناصرية، وكان لا يختار لها إلا كبار الممتازين لأنها كانت مدرسة لأبناء الطبقة العليا في مصر، وانتقل منها إلى مدرسة رأس التين الثانوية وفي هذه الأثناء كان يلاحق الصحف والمجلات بمقالاته الإسلامية الرائعة.

ومما يذكر في ذلك أنه كتب مقالة ممتازة نشرتها إحدى الصحف فنقلها إلى التركية القاضى يحيى قاضى قضاة مصر من قبل تركيا ونشرت ترجمتها بالمجلات التركية فاستحسنها بعض المصريين فنقلها إلى العربية وهو لا يعلم أن أصلها عربى بقلم عربى.

كان لابد أن يتقدم ذلك الشاب النابغة القوى في بيانه وعلمه إلى خدمة الشريعة، فاختر مدرساً مساعداً بمدرسة الحقوق سنة ١٩٠٤ مدرساً فيها وأبدى كفاية ممتازة، وتلقى عنه دروس الشريعة طائفة من نبغاء مصر كالمرحوم الدكتور محمد كامل مرسى.

ولكنه لم يظل طويلاً في مدرسة الحقوق فقد اختطفته منها مدرسة القضاء الشرعى التي أنشئت في سنة ١٩٠٧ أنشأها المغفور له سعد زغلول وعهد بإدارتها إلى النابغة محمد عاطف بركات، فاختر لها نخبة من كبار رجال العلم فكان منهم الشيخ أحمد إبراهيم.

وفي هذه المدرسة ظهر نبوغه الفقهى بين طائفة ممتازة زاملها وكان مرموقاً مقدراً، ومن هذه الطائفة العالية بحر العلم المرحوم الشيخ محمد الخضرى، والمرحوم العبقري الشيخ عبدالحكيم السبكى والشاعر الفحل الشيخ محمد عبدالمطلب، والأديب العظيم ذو الذوق البيانى المرحوم الشيخ محمد المهدي زيكو، وكل هؤلاء كانوا يعملون في ظل دوحة مباركة تتمثل في عاطف بركات أستاذ الأساتذة فظل يعمل في هذا المعهد الجليل نحو سبعة عشر سنة ظهر فيها نبوغه فى الفقه حتى إذا ذوت شجرة مدرسة القضاء الشرعى وغلقت أبوابها دون طلابها فسرعان ما تلقفته

مدرسة الحقوق مرة ثانية، وكانت فى طريق تحويلها إلى كلية جامعية فكان الاختيار فى إبانة لأنه تحمل عبء الدراسة الجامعية فيها بعد ذلك كاملاً.

وأنه بمجرد أن أنشئت فيها الدراسات العليا للتأهيل للدكتوراة أخذ يفيض عليها وفى أقسام الدكتوراة بهذه الكلية ابتدأت دراسة الفقه الإسلامى المقارن، فكان الأستاذ الجليل الشيخ أحمد إبراهيم يلقى. دروسه موازياً فى النظريات الفقهية بين مذاهب ثمانية هى المذاهب الأربعة، والشيعة الإمامية والزيدية، والظاهرية والأباضية وأن هذه المذاهب الأخيرة لم تلق دراسة نظامية قبل أن يتولاها الشيخ أحمد إبراهيم بفكره العميق وإطلاعه المحيط وقلمه المصور وأن بحوثه فى الوقف والوصية والهبه والميراث وأهلية المرأة - لصور واضحة للفكر الفقهى العميق، والتصوير الدقيق وأن لأستاذنا الجليل رضى الله عنه لآثاراً ضخماً فى كل أبواب الفقه ومنها ما كان دراسة مقارنة وما اقتصر فيه على المذهب الحنفى، فكان المقارن منها متسماً بالاحاطة والشمول والعمق، وكان غير المقارن منها الذى اقتصر فيه على المذهب الحنفى متسماً بالتفريع وتوضيح النواحي العملية ومن هذا النوع الثانى كتابه فى المرافعات الشرعية وكتاب «طرق القضاء» وإن كان هذا الكتاب الأخير قد كانت فيه مقارنات دقيقة بين القوانين الوضعية والقوانين الشرعية فى طرق الإثبات وغيرها.

هذا ولم يترك أستاذنا الجليل هذه الدنيا إلا بعد أن خلف وراءه آثاراً ضخماً فى الفقه الإسلامى ولا أعلم أن كاتباً فى الفقه قبل الأستاذ أحمد إبراهيم ترك ما تركه، فقد ترك نحو خمسة عشر مجلداً من الكتب القيمة ونحو عشرين بحثاً فى الفقه وأصوله، وكلها يتسم بطابع علمى اختص به ذلك العالم الفقيه ولنسق بعضها.

وله نشاط كبير بجوار ذلك النشاط العلمى، فله مقالات صغيرة مفيدة وفتاوى كثيرة ترد الحق إلى نصابه فى كثير من المشاكل.

ومما لوحظ فى حياة ذلك الرجل العظيم أنه لم يكن فقيهاً فقط وأن كان قد بلغ الذروة فى الفقه فقد كان مع ذلك رياضياً لم يترك علوم الجبر والهندسة بأنواعها طول حياته وكان مع هذا أديباً وشاعراً مجيداً، فلو أنه لم يشتهر بالفقه لاشتهر

بالأدب وكان تلاميذه فى مدرسة القضاء الشرعى يقولون أنه فقيه الأدباء أو أديب الفقهاء.

وقد كان على علم عميق بدقائق علوم النحو والصرف والعروض وله مباريات وجولات فى الشعر على بحور العروض المختلفة مع صديقه الأستاذ الشيخ حسين والى رضى الله عنهما.

وقد كانت حياة الشيخ العلمية والاجتماعية خصبة منتجة فقد كان عضواً مدداً طويلة فى مجلس كلية الحقوق ومجلس جامعة القاهرة وتولى منصب وكالة الحقوق أمدأ طويلاً. وحضر عدة مؤتمرات فقهية منها مؤتمر لاهى للقانون المقارن الذى انعقد سنة ١٩٣٢ وكان عضواً بالمجمع اللغوى إلى أن قبضه الله إليه.

وإذا كان قد انطفأت شعله حياته فى أكتوبر سنة ١٩٤٥ فإن ذكره خالدة فى كتبه يذكرونه لتلاميذهم. وتتناول الأجيال ذكره جيلاً بعد جيل فإن كل شىء يفنى إلا ما يتصل بالعلم والدين، فرحمه الله رحمة واسعة ورضى الله عنه وأثابه وطيب ثراه.

مجلة دنيا القانون ص ٤٢، ٤٣

السنة الثانية أكتوبر سنة ١٩٦٠

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الطبعة الثالثة

لصاحب الفضيلة المرحوم الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق على جاد الحق
شيخ الأزهر الأسبق

ان الحمد لله، نحمده ونستعينه، ونسأله التوفيق والعصمة من الزلل، والفقه في دينه والبصر بأموره، والمعرفة بموازن العدل التي شرعها سبحانه في القرآن. وجرت بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأبانت للناس أسسها وطرق الوصول إليها. فالعدل في القضاء لا يتأتى إلا إذا كان القاضي على بينة مما يقضى به، وما يقضى فيه، ومن هنا كانت ولاية القضاء لأولى النهي، الذين نور الله بصائرهم، فاعتصموا بحبله، واستمطروا رحمته ومن فيض علمه وتوفيقه، واستشعروا من أنفسهم العجز إلا بقدرته.

والقضاء بين الناس والفصل في خصوماتهم منذ خلق الله مجتمع الإنسان كان موكولاً إلى الأنبياء والمرسلين، أمرهم الله به لتستقيم الأمور، ويستقر العدل ويرتدع الظالم.

«يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله» (١).

«إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل» (٢).

(١) سورة ص من الآية ٢٦.

(٢) سورة النساء من الآية ٥٨.

وكان من سنة الإسلام وتشريعه للعدل بين الناس أن قرر القواعد المثلى التى
يجرى بها القضاء ويلتزمها القضاة، يتمثل هذا فى قول الرسول صلى الله عليه
وسلم فيما رواه (٣) البخارى ومسلم ومالك وأصحاب السنن عن أم سلمة رضى الله
عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع خصومة بباب حجرته، فخرج إليهم
فقال:

(إنما أنا بشر مثلكم، وأنكم تختصمون إلى، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته
من بعض، فأقضى له بنحو ما أسمع، فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فإنما أقطع
له قطعة من النار).

ففى هذا تحذير للمتخاصمين أن يستغل أفصحهما لساناً وأوضحهما بياناً
وأقواهما فى المحاجة - خصائصه هذه فى الإيقاع بخصمه والغلبة عليه فى ساحة
القضاء.

وتوجيه للقضاة ألا تبهرهم الفصاحة فتميل بهم عن استكناه الحق وإستبصاره من
حجب المرافعات التى يتبارى الخصوم فى عرضها أو استعراضها، تجلية للحق، أو
طمساً لمعالمه بضوضاء الباطل، فالمهمة صعبة، ولا بد من استقامة الطرق الموصلة إليها
وتأصيل ضوابطها وبيان معالمها، ليكون القاضى على بصيرة بطرق القضاء، ليحكم
بالعدل الذى ولى ميزانه، وليكون فى علم المتقاضى أصول القضاء التى تجرى عليها
المرافعات فلا يضل ولا ينسى، فيضيع الحق ويسود الجور.

ولقد جاء القرآن الكريم بأصول القضاء، فهو قول الله العدل، مبينا للرسول
صلى الله عليه وسلم ومن بعده للقضاة سماع الدعاوى فى الأنزعة والخصومات،
من إقرار وشهود وكتابة ويمين وقرائن، لا بطريق المصنفات، ولكن بالآيات البينات
والإشارات، وكان أن فتح الله على من ولى الخلافة بعده من الراشدين، فأصلوا
للقضاء طرقه، وللقاضى الآداب والحدود التى يتوصل بها إلى الحق، ولعل من أنقى

(٣) وهذا لفظ البخارى.

وأبقى هذه القواعد ما جاء فى وصية الخليفة الثانى عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى التى أودعها قواعد العدل والعناصر المؤدية إليه إذا التزم بها القضاة (٤).

كما أفاء الله على فقهاء المسلمين وقضاتهم من علمه، فبينوا ودونوا فى طرق القضاء أصولاً وقواعد تبتغى العدل وتستتبعه، وكان لكل عصر من العصور الأسلوب الذى إرتضاه فى الإفصاح والبيان، فمنهم من كان يرى التأصيل شعراً منظوماً ومنهم من رأى أن يكون قولاً منشوراً، حتى إذا ما غلب على المسلمين غيرهم، وانزوت علومهم فى بطون الكتب وغفلوا أو تغافلوا عما كان لهم من تراث، وركدت فيهم روح الابتكار فنسوا أو تناسوا أنهم يتلون كتاب الله ويتناقلون سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهما عماد هذه الأمة وأصل تشريعها، فذهبوا إلى الاستيراد ممن هم دونهم تاركين ذخائرهم وكنوزهم.

ولكن الله سبحانه الذى حفظ كتابه «إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون» (٥) بعث فى هذه الأمة، ويبعث فى كل جيل من العلماء من يجلى فكرهم ويزيح الغبار عن تراثهم.

ولقد كان ممن اختار الله لتجلية شريعته، وتقريب أحكامها للناس باحسان عرضها المرحوم أستاذ أساتذة الشريعة فى عصره، وحتى اليوم الشيخ «أحمد إبراهيم بك» فقد كان أمة وحده فى هذا المضمار، خاض غماراً، كان قد أقفلت أبوابه، وفتح أبواب الفقه الإسلامى فى بحوثه الشيقة الرائقة، يربطها بمناهج حياة الناس لا ينأى بها عن شرع الله، ولا يقعد بها حاجتهم.

انتهج وسيلة الموسوعات، وان طلع بها على الناس فى موضوعات متفرقة متلاحقة فكأنه كان يصف لكل جائحة علاجاً من فقه الإسلام، ولكل أمل فى الارتقاء أسباباً مسندة إلى أصول الإسلام.

(٤) اعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ٧١، ٧٢.

(٥) سورة الحجر الآية ٩.

«ومن أحسن قولاً ممن دعا إلى الله وعمل صالحاً» (٦).

فهو رحمه الله فقيه مجدد في فقه الإسلام، عرضه بأسلوب واضح وعبارة العالم البصير المتمكن النابغ نبوغاً نادراً مع تواضع العلماء، ذوى الثقافات العديدة. فهو - كما تدل أبحاثه وكتبه وآثاره - متقن مثبت من كل علم درسه، أو تولى تدريسه فله في الحساب والرياضيات بوجه عام قدم ثابتة، وله في اللغة العربية وعلومها الذخائر الزواجر التي روت العقول وأطلقت الأقلام، وأنبتت الأدباء والشعراء.

وله في علوم الشريعة الإسلامية المصنفات العديدة التي واجهت وأفصحت عن حكم كل جديد في عصره، إلتزاماً بوفاء هذه الشريعة بحاجات الناس التشريعية وأيضاحاً لصلاحياتها شريعة حاکمة لأنها من الله.

وإذا كان رحمه الله قد سلط الأضواء الفاحصة الكاشفة على الفقه الإسلامي فحرر أبوابه، وجدد للناس شبابه، معنياً بأن يبين قواعد العدل لمن كان يؤهلهم لتولى ميزانه. فإنه لم يقتصر على بحوث الأحكام الموضوعية واستبانة مصادرها ومواقفها من الكتاب والسنة واجتهاد الأئمة أصحاب المذاهب الفقهية وإنما أكمل العمل فأعطى للقضاة والعاملين في حقله (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية - القسم الثاني: طرق الإثبات الشرعية).

وهذا القسم الثاني هو الذي نتحدث في شأنه لا لنقدمه للناس أو تعرفهم به وبمؤلفه، فإنهما غنيان عن التعريف، وإنما لنقول للمشتغلين بالقانون وتطبيقه: إن بحوث هذا الكتاب «طرق الإثبات الشرعية» تضع أمام القاضى والمتقاضى، والدارس أيا كانت هويته عملاً يقتدى، أودعه أستاذنا المرحوم الشيخ «أحمد إبراهيم» بحثاً حياً في الإثبات حوت مقارنات دقيقة بين القوانين الوضعية، وبين القواعد الشرعية في طرق الإثبات.

فتراه رحمه الله - يشدك للفهم وحسن الادراك والاقتناع حين يدعوك للعلم الذى يواجهه، وللمعلومات التى يسوقها إليك فى عبارة جزلة شيقة، فهو يقول: «لأجل أن يكون القضاء صحيحاً منطبقاً على الحق والعدل يشترط أن يحصل للقاضى حين فصل القضاء علماً:

الأول: علمه بالحادثة التى يراد منه الفصل فيها منطبقاً على الواقع.

الثانى: علمه بحكم الله تعالى فى تلك الحادثة.

أما العلم الثانى فيحصل له من معرفته بالشريعة المطهرة من نصوصها القطعية أو بالاجتهاد على ما بين فى محله.

وأما العلم الأول فيحصل له بأحد أمرين: « أولهما » أن يشاهد الحادثة بنفسه، ويحيط بها علماً إحاطة تامة « ثانيهما » أن يصل إليه خبرها بطريق التواتر المفيد للعلم. ثم يستدرك على ما تقدم: فيقول: لكن لو اقتصرنا على هذين الطريقين فقط من الأدلة لتعطلت أكثر مصالح الناس.

وبعد أن ساق الشرح لهذا الاستدراك انتهى إلى قوله:

وقد لاحظت الشريعة الحكيمة ذلك، فقررت أن يبنى القضاء على الحجة الظنية بعد أخذ الحيطة لذلك بأقصى ما استطاع، وألا تتعطل مصالح الناس، كما يبنى على الحجة القطعية أن وجدت. وبعد أن يشرح هذه النتيجة الحق يواجه «الحجج الشرعية أو طرق القضاء أو أدلة ثبوت الدعوى» بالتأصيل مبينا مذاهب العلماء فى إطلاق طرق القضاء أو تقييدها، مقارناً ما قال به رجال القانون، مستعرضاً ما جرت عليه لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمجلة العدلية وبعض أقوال السابقين من الفقهاء. مستخلصاً: -

«فتحصل مما تقدم رأيان لعلماء الشريعة فى طرق القضاء».

رأى يقول بحصرها فى طائفة معينة، ورأى يقول بعدم الحصر، وقد ذهب علماء القانون مذهب الفريق الأول، وهم جمهور العلماء فى الحصر، ولم يخرجوا

عما حصروا أدلتهم فيه إلا لضرورة اقتضتها رعاية مصالح الناس على ما بينوه.
وان من المفيد جداً المقارنة بين هذه الآراء الثلاثة:

(أ) رأى القائلين من الفقهاء بعدم حصر الحجج الشرعية.

(ب) رأى القائلين منهم بالحصر والنظر فيما حصروها فيه ووجهة نظرهم في ذلك.

(ج) رأى علماء القانون ووجهة نظرهم فيما اختاروه من الأدلة ومناقشة كل ذلك نظرياً وتطبيقه عملياً على أحوالنا الحاضرة، وبيان ما يليق الأخذ به من كل ذلك وهل في هذا التصرف مخالفة لشرع الله، أو لا مخالفة فيه أصلاً.

أن هذا الكتاب، اتخذ فيه - رحمه الله - الفقه الحنفى أساساً مع التفريع وتوضيح النواحي العلمية مقارناً - في بعض المواقع - بآراء من فقه المذاهب الأخرى معقباً بما يختاره مما عرضه من أقوال الفقهاء حتى لا يترك القارئ أو الباحث دون هداية إلى الصواب من تلك الأقوال.

ولقد انتصر للأخذ بالقرائن دليلاً في الأقضية، مناقشاً في ترجيح ما يصلح فيها وما استصعب الأخذ به حماية للقضاة من الزلل إلا من عصم الله، ناصحاً القضاة والمحققين بأن يكونوا على معرفة تامة بعلم الأحوال النفسية من حيث إرباطه بالقضاة لأن القاضى والمحقق ينكشف لهما بدراسة هذا العلم من بواطن المتقاضين والشهود ما كان محجوباً عنهما بحسب الظواهر من ضلالة وخداع وتملق ورياء ونفاق وتلبيس ونحو ذلك، فيطلع بثاقب فكره على خبايا النفوس ومستودعات الضمائر، ويتغلغل بصائب نظره إلى مستقر السرائر.

«فكشفنا عنك غطاءك فبصرك اليوم حديد» (٧).

وهو يسوق في الكتاب الآثار المأثورة عن أئمة قضاة الإسلام وفقهائه تنويراً وتبصرة ليبين للناس أن القضاء لا يصلح له إلا من توافرت فيه سمات وأدوات.

وحين طرق - رحمه الله - الأدلة الشرعية بالبيان والشرح كان - كالعهد بما كتب - موفياً للمقام حقه من التأصيل مع التفصيل، ولعلنى أسوق بعض المثل مما أذكر من مطالعتي لهذا الكتاب والانتفاع به وقت عملي القضائي.

فقد عرض الاستدلال بعلم القاضى وأقوال الفقهاء مبينا ما يمتنع فيه على القاضى القضاء بعلمه، وما لا يمتنع، معقباً بقوله:

«وانى أقول له: أبهذا الحسن الظن بالناس، لقد أدركت شيئاً وغابت عنك أشياء.

أين هم أولئك النفر الذين وثقت بهم؟

وكم عددهم فى بلد؟ أو أنت تريد أن يقضى بعض القضاة بعلمهم وهم من توافر فيهم ما ذكرت، وما أقل عددهم، بل ما أندره، وألا يقضى سواهم وهم الأكثرون عدداً لذلك. فترسم لأحد الفريقين طرقاً للقضاء غير ما ترسمه للفريق الآخر فأى خلل فى النظام، وأى فتنة أكبر من هذا...؟»

وحين واجه الاستدلال بالقرائن، وهو موضع قد اضطربت فيه وجهات نظر فقهاء المسلمين وتضاربت، عرض الموضوع فى صورة عملية، وساق من الأقضية نماذج يحتذ بها القضاة، متتهياً إلى تأكيد وتأييد الاستدلال بالقرائن، منبهاً إلى أنه:

«إذا فات فى هذا المقام علم اليقين، فإن فى علم الطمأنينة أو ما يقرب منه ويدانيه من الظن الراجح للكفاية، وما لا يدرك كله لا يترك كله، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها».

والاستدلال بالخط فى إثبات الحقوق أمر ثار فيه جدل الفقهاء من قبل.

ولقد استخلص - رحمه الله - أقوال المجيزين والمانعين، مبينا وجهة كل من الفريقين. وما استقر عليه العمل أخيراً، مستعرضاً بعض نصوص القوانين واللوائح الجارية فى وقته وأقوال فقهاء القانون، وما يرد من طعون على الأوراق المستدل بها.

وهكذا نجد - هذا الكتاب - «طرق الإثبات الشرعية» قد جمع فيه مؤلفه رحمه الله وأجزل عطاءه فى دار رضوانه، بيان هذه الطرق، مستمدة من الفقه الإسلامى، مقارنة بما قضت به القوانين واللوائح السائدة وقتذاك.

ولقد كان تقديم الكتاب الآن للمشغلين بالقانون أمراً حتماً. بعد أن اتجهت النية، بل والجهود العملية إلى إستمداد القوانين من الفقه الإسلامى، ليهديهم إلى أنماط يسترشدون بها ويربطهم إلى قواعد لا مراء فيها، وإلى تنظيم فاقت به طرق الإثبات الشرعية غيرها من الطرق التى درجت عليها القوانين، وكان الكتاب مرشداً إلى ما يتعين الالتزام به. وما يفتح فيه المجال للاطلاق أو التقييد، تبعاً لحوائج الناس ومقتضيات حياتهم الاجتماعية والاقتصادية المتجددة.

ولئن كانت القوانين واللوائح التى جرت المقارنة بها فى هذا الكتاب قد اعترها التغيير فإن العمل الذى قام به الزميل الفاضل الأستاذ واصل علاء الدين المستشار بمحكمة النقض وابن شيخنا المرحوم «أحمد بك إبراهيم» من إعادة طبع الكتاب من نسخته الأصلية، معلقاً عليه ببيان ما يجرى عليه العمل الآن فى المحاكم من قوانين مرتبطة بموضوعه، ومشيراً إلى ما أرسته محكمة النقض من مبادئ فى الإثبات، مما يعتبر اضافة هامة ومفيدة تربط بين الفقه والقضاء، باعتبار أن أحكام القضاء هى المظهرة للحاجة وفيها تبلور أوجه التجديد الفقهى، لأنها تواجه ما يجد فى الحياة الاجتماعية من وقائع وخصومات، فهى أشبه بالطبيب الذى يصف الدواء ويستمد من المصدر الشرعى بعد أن يكون قد توصل إلى تحديد الداء. وكثيراً ما اعتد الفقهاء بعمل القضاة فيقولون: (وعمل القضاة اليوم على ذلك).

بل انى لأرجو أن يكون الصديق السيد المستشار (واصل علاء الدين) قد ألمح فى تعليقاته إلى ما أخذ به مشروع قانون الإثبات المزمع اصداره مع القوانين الموضوعية المستمدة من الفقه الإسلامى، تكاملاً بين النصوص ومصادرها، وحتى يستمر النفع بهذا الكتاب.

ولا يقف البحث فيه، والاستعانة به عند موضوعه، مقطوعاً عن التطور التاريخى والواقعى للقوانين واللوائح التى نظمت موضوع أدلة الإثبات، أملاً فى أن يتجه أساتذة القانون ورجال القضاء إلى الربط بين أصول الإثبات وطرقه الشرعية، وبين ما اتخذته القانون طريقاً للعمل به كما قلت.

إنى لا أقدم أستاذ الأساتذة أو أثنى على كتابه، هذا الذى هو واحد من خمسين كتاباً كلها رائدة، قائدة، وإنما أعرف هذا الجيل من رجال الشريعة والقانون بأن هذا الإمام كان أمة وحده فى خدمة الشريعة الإسلامية، واللغة العربية وعلومها على وجه الخصوص ليكون مثلاً وقدوة حتى يقبلوا - كما أقبل رحمه الله - على إعادة عرض الفقه الإسلامى على النمط الذى يقربه للمشتغلين بالقانون.

وأسأل الله سبحانه أن ينفع بهذا الكتاب.

واستحث الزميل الصديق المستشار (واصل علاء الدين) على مواصلة إصدار هذه المدونة الثرية بعلوم الشريعة وأحكامها التى دونها شيخنا المرحوم (أحمد بك إبراهيم) ليعم بها الانتفاع والاقتداء، وليجزل الله بها العطاء فى أخراه حسبما أنبأنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله الذى رواه أبوهريرة رضى الله عنه (٨).

«إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له».

رحمه الله، وأجزل ثوابه، ونفع بعلمه.

المحرم ١٤٠٣هـ

نوفمبر ١٩٨٢م

شيخ الأزهر

جاد الحق على جاد الحق

(٨) رواه مسلم.

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

مقدمة الطبعة الاولى بسم الله الرحمن الرحيم

نحمدك يا مذل الصعاب وميسر الأسباب، ونصلى ونسلم على سيدنا ومولانا محمد وعلى سائر الأنبياء والمرسلين «وبعد» فهذه قطعة من قسم المرافعات من كتابي المطول في الشريعة الإسلامية بعد أن حذفت منها شيئاً من التفاصيل والتطبيقات والاستطرادات التتميمية لأجل الإيضاح - خشية الإطالة - اخترت هذه القطعة لتكون مفتاح البحوث الفقهية النافعة بمشيئة الله تعالى لطلاب قسم التخصص في الشريعة الإسلامية بالأزهر المعمور والمعاهد الدينية العلمية الإسلامية، وإنما اخترت هذه القطعة لما فيها من المسaire لبعض ما هو مقرر لطلاب السنة الثالثة من القسم المذكور من شرح التبيين على متن الكنز للزيلعي، ولأن موضوعها عملي حيوي. والله تعالى هو الذي يتولى هدايا وتوفيقنا لما يحبه ويرضاه.

أحمد إبراهيم إبراهيم

٦ رجب سنة ١٣٤٧ هجرية

١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ميلادية

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الكتاب الأول

قواعد وتأصيل

طرق

الإثبات الشرعية

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

مقدمة تمهيدية

أقول:

لأجل أن يكون القضاء صحيحا منطبقا على الحق والعدل ظاهرا وباطنا يشترط أن يحصل للقاضي حين فصل القضاء علما.

(الأول) علمه بالحادثة التي يراد منه الفصل فيها علما منطبقا على الواقع.

(الثاني) علمه بحكم الله تعالى في تلك الحادثة.

أما العلم الثاني فيحصل له من معرفته بالشرعية المطهرة من نصوصها القطعية أو بالاجتهاد فيكون ما أداه إليه اجتهاده هو حكم الله في الحادثة على ما يبين في محله في كتب الأصول.

وأما العلم الأول فيحصل له بأحد أمرين (أولهما) أن يشاهد الحادثة بنفسه ويحيط بها علما إحاطة تامة (ثانيهما) أن يصل إليه خبرها بطريق التواتر المفيد للعلم. وبغير هذين الطريقتين لا يستفيد علما وإنما يستفيد ظنا قويا أو ضعيفا، فإذا قضى بناء على ذلك كان قضاؤه في حيز التردد بين الخطأ والصواب.

لكن لو اقتصرنا على هذين الطريقتين فقط من الأدلة لتعطلت أكثر مصالح الناس، لأن علم القاضي إذا تناول حادثة أو اثنتين فإن آلافا من الحوادث لا يتناولها علمه ولئن علم أمرا بطريق التواتر المفيد لليقين أن أمورا لا تحصى ينقطع بها السير عن أن تصل إلى علمه من هذا الطريق.

لذلك قضت الحاجة الشديدة جدا التي دعا إليها وجوب المحافظة على نفوس الناس وأموالهم وأعراضهم بالقدر المستطاع أن تقبل الحجة الظنية لينى عليها القضاء. وذلك لأننا نجد أنفسنا بين أمرين: أحدهما إهمال النظر في الحوادث التي لم يتم على ثبوتها عند القاضي دليل قطعي ويترتب على هذا اختلال نظام العالم واضطراب المعاملات وضياع أكثر الحقوق والفساد في الأرض بأوسع معانيه وأجلى

مظاهره، وثانيهما: النزول عن تحتيم اشتراط العلم القطعى إلى الظن الراجع وقد يؤدى هذا- بعد بذل ما فى الوسع - إلى خطأ فى انطباق الأحكام على الواقع، لكن صوابه أكثر مع التحرى وطلب ما يقوى هذا الظن من وسائل الاحتياط.

وبالمقارنة بين هذين الأمرين نرى أنه من المتعين علينا اختيار الأمر الثانى ارتكابا لأخف الضررين وترجيحا لأقوى العلمين وعلى ذلك يلحق ما يفيد الظن الراجع بما يفيد العلم وبذلك تتسع دائرة الإثبات.

وقد لاحظت الشريعة الحكيمة ذلك فقررت أن يبنى القضاء على الحجة الظنية بعد أخذ الحيطة لذلك بأقصى ما يستطيع وألا تتعطل مصالح الناس، كما يبنى على الحجة القطعية إن وجدت.

فأجازت للقاضى بناء حكمه على شهادة الشهود العدول وإقرار المدعى عليه مع احتمال كذب الشهود العدول المزكين فيما شهدوا به واحتمال كذب المقر فى إقراره لغرض ما، لكن جانب الصديق فى شهادة العدول أرجح من جانب الكذب ظاهرا وغالبا ويبعد فى مجارى العادات أن يكذب الإنسان فى إقراره على نفسه بحق يلزمه ولا عبرة بالأحوال النادرة أو القليلة التى يختار فيها الإنسان الإقرار على نفسه كاذبا ملتزما ضرر ما أقر به اتقاء لضرر أكبر أو جلبا لمصلحة أرجح من ذلك فى نظره وتقديره لاعتبارات يراها هو ويقتنع بها (١)

وبالجملة فقد راعت الشرعية مواضع الضرورة والحاجة فرخصت حيث يدعو الأمر إلى الترخيص مراعية الأرجح فى مصالح العباد من كل جانب. فبعد أن أجازت بناء القضاء على الحجة الظنية كشهادة الشهود المسببة على المعاينة والمشاهدة نزلت عن ذلك فأجازت الشهادة بالتسامع، والشهادة على الشهادة، وشهادة امرأة واحدة فيما لا يطلع عليه الرجال، وإذا كانت مشيئة الخالق العليم قاضية أن يكون العالم هكذا فليس فى الإمكان أبدع مما كان.

(١) أو يلتزم ضد نفسه بالإقرار متحملا الحكم عليه بالعقوبة فى مقابل جعل يأخذه من المجرم الحقيقى.

الباب الأول

معنى

الدليل والإثبات والثبوت

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الأول

معنى الدليل والاثبات والثبوت

(١) الدليل:

معناه فى اللغة المرشد.

ومعناه فى الاصطلاح هو ما يلزم من العلم به العلم بشىء آخر.
فإذا أعلم المدعى القاضى بحجته على دعواه لزم من علم القاضى بتلك الحجة مع اقتناعه بها علمه بصدق دعوى المدعى فيما ادعاه.

(٢) الإثبات والثبوت:

الإثبات هو إقامة المدعى الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه.

والثبوت هو قيام الحق المدعى.

فالإثبات فعل يصدر من المدعى وهو قائم بذاته وصادر عنه والثبوت وصف قائم بذات الشىء المدعى قبل المدعى عليه.

وأثر ذلك أن يحكم القاضى للمدعى عليه بما ادعاه متى استوفت الدعوى كل شروطها الشرعية.

هذا.. وليعلم أنه لا يلزم من الثبوت عند القاضى الثبوت فى الواقع ونفس الأمر كما فى القضاء المبني على شهادة الزور أو على القرائن التى تراءى للقاضى أنها قوية وقاطعة لكن الواقع أن استنتاجه ما استنتجه منها كان استنتاجاً خاطئاً فى الواقع، فكم من دماء أهدرت.. وحرمان استحلّت وأموال أكلت ظلماً بناء على قضاء بصدق دعوى باطلة وإثبات كاذب، وهذا أمر لا يمكن تلافيه فى كل الصور الجزئية لابتناء القضاء فى أكثر الأحوال على الأدلة الظنية - ولا مخلص لنا من ذلك كما سأبينه بعد.

كذلك قد يكون ما يدعيه المدعي ثابتاً في الواقع ونفس الأمر لكنه قد يعجز عن إقامة الدليل علي دعواه أو يقيم الدليل ولا يقتنع به القاضي فتضيع الحقوق أيضاً من هذا الطريق، وبحق قيل «لا يلزم من عدم الدليل عدم المدلول».

ومما تقدم تعلم أنه لا تلازم بين الثبوت والإثبات في الواقع ونفس الأمر.

وقد يضل القاضي عن معرفة الحكم الشرعي في الحادثة، أو يعرفه ويتعمد مخالفته لغرض ما فيكون مخطئاً أو خاطئاً في تطبيق ما حكم به على الحادثة التي حكم فيها.

الباب الثاني

آراء

فقهاء الشريعة

في إطلاق الأدلة وتقييدها

آراء القائلين بالإطلاق

آراء القائلين بالتقييد

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

مقدمة

ذهب بعض كبار الفقهاء إلى إطلاق الأدلة فأجازوا إثبات أية دعوى بأى دليل كان.

وذهب جمهورهم إلى القول بحصر الأدلة فى طائفة معينة.
وهاك جملة القول فى ذلك مع الموازنة بين أدلة الفريقين من الناحيتين النظرية والعملية ومقارنته بما عليه الحال فى القوانين الوضعية، والقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.
ثم بيان ما كان عليه الحال من قبل فى اللائحة الشرعية.. (المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) والمحاكم الشرعية.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

آراء القائلين بالإطلاق ودليلهم

جملة ما قاله هؤلاء أن الغاية من حكم الحاكم أن يكون عادلا فيعطى كل ذي حق حقه فبأى طريق أمكن الوصول إلى هذا فثم شرع الله وأن الله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم وأعدل من أن يخص طرق العدل وأماراته وإعلامه بشيء ثم ينفى ما هو أظهر منه وأقوى دلالة وأبين أمانة فلا يجعله من طرق إثبات الحق ولا يحكم عند وجود شيء من ذلك وقيامه بموجبه.

بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فأى طريق استخرج بها العدل والقسط هى من شرع الله ودينه ليست مخالفة له (٢)

والبينة فى كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق فهى أعم من البينة فى اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين ولا حجر فى الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه فيقع من ذلك الغلط فى فهم النصوص وحملها على غير مراد المتكلم.

وقد حصل بذلك للمتأخرين أغلاط شديدة فى فهم النصوص ونذكر من ذلك مثالا واحدا وهو ما نحن فيه -لفظ البينة- فإنها فى كتاب الله اسم لكل ما يبين الحق كما قال تعالى «لقد أرسلنا رسلنا بالبينات» وقال «وما أرسلنا من قبلك إلا رجالا نوحي إليهم فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون بالبينات» وقال «وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة» وقال «قل إنى على بينة من ربي» وقال «أفمن كان على بينة من ربه» وقال «أم آتيناهم كتابا فهم على بينة منه» وقال «أولم تأتاهم بينة ما فى الصحف الأولى» وهذا كثير لم يختص لفظ البينة بالشاهدين

(٢) انظر الطرق الحكيمة لابن القيم.

بل ولا يستعمل فى الكتاب فىهما البتة. إذا عرف هذا فقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم للمدعى «ألك بينة» وقول عمر «البينة على المدعى» وإن كان هذا قد روى موضوعا المراد به ألك ما يبين الحق من شهود أو دلالة. فإن الشارع فى جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التى هى أدلة عليه وشواهد له ولا يرد حقا متى ظهر بدليله أبداً فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة فى تخصيصه مع مساواة غيره له فى ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جحده ودفعه كترجيح شاهد الحال على مجرد البينة فى صورة من على رأسه عمامة ويده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره ولا عادة له يكشف رأسه فيبينه الحال ودلالته هنا تفيد ظهور صدق المدعى أضعاف ما يفيد مجرد البينة عند كل أحد فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ويضيع حقا يعلم كل واحد ظهوره وحجته بل لما ظن هذا من ظنه ضيعوا طريق الحكم فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين وصار الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه وفجوره ويفعل ما يريد ويقوم لا يقول على بذلك شاهدان اثنان فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده (٣) وحينئذ أخرج الله أمر الحكم العام من أيديهم وأدخل فيه من أمر السياسة والإمارة ما يحفظ به تارة ويضيع به أخرى ويحصل به العدوان تارة والعدل أخرى ولو عرف ما جاء به الرسول على وجهه لكان فيه تمام المصلحة المغنية عن التفريط والعدوان وقال فى موضع آخر: فالطرق التى يحكم بها الحاكم أوسع من الطرق التى أرشد الله صاحب الحق إلى أن يحفظ حقه بها.

وعليه فلا يلزم من الأمر باستشهاد رجلين أو رجل وامرأتين فى الديون وقت

(٣) نقل الشيخ عبدالقادر الشفشاونى المغربى رحمه الله فى كتابه شمس الهداية فتاوى كثيرة عن علماء مذهب مالك المغاربة تتضمن الضرب على أيدي المفسدين وإلا تتبع معهم قاعدة «البينة على المدعى» ثم قال: ولقد سلك هذا المتهاج سلطان وقتنا فى مغربنا الإمام المحسان مولاي الحسن فقد أصدر أمره بأن من بات بناحية وسرق ليل أو غصب بنهار يذهب إلى حاكم تلك الناحية ويحلف لقد سرق أو غصب منه كذا ويقبض ماله من المباشر أو المتصرف فى الناحية. والمباشر والمتصرف يلزمان أهل القرية التى وقعت فيها فقل التشكى وكاد أن ينقطع.

التحمل ألا يحكم الحاكم بذلك الدين أن ثبت من طريق آخر كالنكول أو بشاهد
ويعين المدعى على ما ذهب إليه بعض الأئمة كالشافعى.

بل الواقع أن القاضى لا يتقيد بشهادة من تحملوا الشهادة على الحق إذا ثبت له
من طريق آخر وهذا بإجماع العلماء.

قال ابن القيم: وقد ثبت فى الصحيح عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه
سأله عقبه بن الحارث فقال إنى تزوجت امرأة فجاءت أمة سوداء فقالت إنها
أرضعتنا فأمره بفراق امرأته فقال إنها كاذبة، فقال دعها عنك: ففى هذا قبول شهادة
المرأة الواحدة وإن كانت أمة وشهادتها على فعل نفسها (٤) وهو أصل فى شهادة
القاسم والخارص (٥) والوزان والكيال على فعل نفسه وهذا أصل عظيم يجب أن
يعرف غلط فيه كثير من الناس فإن الله سبحانه أمر بما يحفظ به الحق فلا يحتاج معه
إلى يمين صاحبه وهو الكتاب والشهود (فى آية المداينة) لثلا يجحد الحق أو ينسى
ويحتاج صاحبه إلى تذكير من لم يذكر أما جحودا وإما نسيانا ولا يلزم من ذلك أنه
إذا كان هناك ما يدل على الحق لم يقبل إلا هذا الطريق التى أمره أن يحفظ حقه بها.

(٤) قارن هذا بما جاء فى المذهب من أن حجة الرضاع هى حجة المال شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وأجازوا أن تكون المرضعة
أحدهما (انظر البحر ورد المختار) ثم قارنه أيضا بما قالوه من اشتراط الحرية فى الشاهد ولنا فيه كلام واف ستره فى شروط أداء
الشهادة وقد نقل فى شرح الوهبانية أن شهادة المرضعة لا تقبل عند أبى حنيفة وأصحابه ووفق ابن عابدين بين هذا وما تقدم من أنها لا
تقبل إذا كانت وحدها فتأمل.

(٥) الخارص هو الذى يقدر عدد الشيء بالظن ومنه خرص النخلة إذا حزر ما عليها والفعل من باب نصر.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الفصل الثاني

آراء القائلين بالتقييد ودليلهم

جملة القول فيما ذهبوا إليه :

(أولاً) ان النصوص وردت بالشهادة واليمين فوجب الوقوف عند ما جاءت به النصوص، وأما الإقرار فهو الزام المدعى عليه نفسه بما ادعاه المدعى وهذا لا يمنع منه الشرع متى كان المقر أهلاً للإقرار (٦) وكذلك بعض الأدلة جاء بها الشرع كالقسامة (عند الجميع) وبعض الأدلة الأخرى عند بعضهم كالقيافة والقرعة والقرائن.

(ثانياً) إذا فتح باب الأدلة ولم يقيد بطائفة معينة تطمئن إليها نفوس الناس كانت أرواح الناس وأموالهم عرضة للضياع والاتلاف لأن حاكماً ظالماً لا يعدم أن يقول ثبت عندي كذا بأمانة كذا. من أجل هذا وجب حصر الأدلة وعدم التوسع فيها.

وقد رد ابن القيم على هذا في كتابيه (الطرق الحكيمة وأعلام الموقعين بما رآه كافياً) وقد ذكرنا خلاصته فيما تقدم.

وينظر إلى ما لاحظته جمهور فقهاء الشريعة ما قاله أحمد فتحي باشا زغلول في شرحه للقانون المدني. قال رحمه الله الأصل في الدليل الإباحة أعنى أن للإنسان استنباطه من كل فعل أو حال يوصل إلى بيان الحق وإثباته، إلا أن من الأعمال ما لو ترك دليله لمجرد الاجتهاد يتطرق إليه الاضطراب ويدعو إلى طول النزاع فيكثر الفساد ولا تستقيم أحوال الناس. لذلك اضطر القانون الى بيان ما يجوز قبوله وما لا

(٦) وقد حكم النبي صلى الله عليه وسلم على من أقر عنده بالزنا بناء على إقراره.

يجوز من الأدلة فى أحوال مخصوصة. من هنا انقسم الدليل قسمين، قضائى وهو الذى عرفه القانون، وبين أحواله وقرر أوضاعه، وغير قضائى وهو ما أهمله الشارع ولم يرتب عليه حكما أو منعه بنص صريح.

وقال أيضا فى شرح القانون ما نصه: ليس لكل ذى حق أن يختار ما يرضاه من طرق الإثبات دليلا على حقه بل من الأدلة ما منعه القانون ومنها ما خصصه: فممنع الاقرار واليمين والشهادة والقرائن والمحركات العرفية ذات التاريخ غير الثابت فى إثبات الهبة (المادة ٤٨) وفى إثبات الحيازة ان كان الرهن منقولا (المادة ٥٤٩) ومنع الأربعة الأولى والمحركات العرفية غير المسجلة فى رهن الحيازة إن كان عقارا ومنع ذلك كله فى الرهن العقارى فلم يقبل عليه دليلا إلا السند الرسمى المحرر فى قلم كتاب المحكمة (المادة ٥٥٧) ومنع الشهادة والقرائن مطلقا فى الاجارة (المادة ٣٦٣) وخصص الشهادة فى جميع الأحوال الأخرى بما لا تزيد قيمته على ألف قرش إلا استثناءات بينها على سبيل التحديد. ثم قال بعد ذلك: إن هذا المنع والتخصيص قاصران على التعهدات الآتية من طريق اتفاق العاقدین. وأما الوقائع المادية والحوادث القهرية فالخصوم أحرار يختارون من الأدلة ما يمكنهم من إثبات حقهم كالتعديت والغرق والحريق والجرائم بل قد يكون بعض هذه الحوادث سببا فى إباحة الممنوع كما فى الشهادة على الدين إذا فقد سنده يغصب أو غرق أو حريق أهـ (٧).

وأما الأدلة التى جعلها جمهور فقهاء الشريعة طرقا للإثبات لا يجوز تخطيها فمنها ما هو متفق عليه كالشهادة والإقرار والقسامة ومنها ما هو مختلف فيه كالقرائن والدليل الكتابى واليمين والنكول والقيافة والقرعة.

(٧) الأدلة الثلاثة الإقرار والشهادة والنكول لا تقبل كلها فى دعوى بل فى بعض الدعاوى يقبل بعضها دون البعض.

وسترى كل أولئك مفصلا فيما سيأتى.

وبالمقارنة بين ما ذهب إليه كل من الفريقين نرى أن رأى الفريق الأول وأدلته أقوى من الناحية النظرية ولكن رأى الفريق الثانى حسن من الناحية العملية.

وقد كانت المحاكم الشرعية المصرية لا تعتمد من الأدلة إلا شهادة الشهود ونكول المدعى عليه عن اليمين وإقراره ثم ضم إلى ذلك الأدلة الكتابية رسمية وعرفية ثم ضم إلى ذلك أخيرا بناء الحكم الشرعى على القرائن، وأطلق للقاضى الموازنة بين أدلة طرفى الخصومة على ما سترى ذلك مبينا فى محله أتم بيان.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الباب الثالث

من يلزم
بإقامة الدليل

على من يكون عبء الإثبات

الشهادة على النفي

رَفَعُ
عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

على من يكون من الخصمين عبء الإثبات

الأصل براءة الذمة

فمن ادعى على غيره حقا أو قولا ملزما بحق أو فعلا كذلك فعليه الدليل، فإن دفع المدعى عليه دعواه فعليه إقامة الدليل على ما دفع به.

وهذا الأصل قد اتفقت عليه الشرائع الإلهية والقوانين الوضعية فهو مؤيد بالشرع وبالعقل جميعا. عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى». رواه البخارى ومسلم والبيهقى باسناد صحيح «البينة على المدعى واليمين على من أنكر».

فإذا أثبت المدعى شغل ذمة المدعى عليه بما ادعاه فى زمن مضى كأن قال لى فى ذمة فلان هذا ثمن مبيع مقداره مائة جنيه «مثلا» بعته أياه منذ شهر وأتى ببينة على ذلك اعتبرت ذمة المدعى عليه مشغولة بهذا الدين إلى الآن بحكم الاستصحاب والثابت بالاستصحاب حجة لبقاء الثابت وإن لم يكن حجة لإثبات ما لم يكن (أ) وعلى ذلك فلا تبرأ ذمة المدعى عليه إلا إذا أقام البرهان على براءة ذمته من بعد شغلها به.

وقد حذا القانون حذو الشريعة فى ذلك. قال فى الشرح. الدليل واجب على من يدعى حقا أو أمرا يؤيد الحق أو ينفيه والقاعدة فيما يختص بالتعهدات عدم وجودها فمن ادعى على غيره تعهدا فعليه البرهان. وهذا معنى قولهم البينة على من ادعى. ومقابل ذلك إذا ثبت التعهد أصلا فالمفروض بقاؤه وعلى المتعهد إذا ادعى البراءة منه أن يقيم البرهان على ما يدعى.

(أ) انظر الفتح والعمانية فى الشهادة على الارث وفى اختلاف الشهادة وأنظر التوضيح والتلويح فى الاستصحاب.

وتتلخص القاعدة بشقيها فيما يأتي: البرهان على من ادعى خلاف الثابت أصلا أو عرضا فالأصل عدم التعهد والعرض وجوده، والأصل في الملك انه تام وخال من حقوق الغير عليه، فمن ادعى حقا على ملك غيره وجب عليه الدليل كما قدمنا (٩). ثم قال: وعليه يتبين أن المراد بالمدعى غير المفهوم منه عادة فهو هنا كل خصم يدعى على خصمه أمرا لا فرق بين شاك ومشكو. (مثلا) ادعى زيدا دينا على بكر. زيد مكلف بإثبات دعواه أى أنه أذان بكر فى مبلغ كذا يوم كذا فى مكان كذا فإن دفع زيد بوفاء الدين لزمه إقامة البرهان على براءة ذمته منه، وهو إما أن يقدم سنداً موقعا عليه من خصمه أو وقائع يترتب على ثبوتها صحة براءته، فإذا عارضه زيد بوقائع أخرى فعليه إثباتها وهكذا أهـ.

أقول: هو يريد أن يقول إن المدعى عليه يصير مدعيا إذا أتى بدفع ويعود المدعى الأول مدعيا ثانيا عند دفع الدفع وهكذا. ثم ذكر مثالا آخر وهو: ادعى زيد عقارا فى يد بكر. زيد مكلف بإثبات ملكه فإن دفع بكر برهنة تحت يده على دين له قبل زيد لزمه اثبات الدين وإثبات الرهن لأنه مدع أمرين يردان دعوى زيد ولزيد فى هذه الحالة أن يدفع ببراءة ذمته من الدين وسقوط الرهن، وقد يبرهن على ذلك بأوراق يدعى بكر أنها مزورة فعليه إقامة بينة التزوير وهكذا أهـ.

قال فى الأشباه وحاشية الحموى والدر ورد المختار وتكملته ما حاصله: لا يجوز للقاضى تأخير الحكم بعد وجود شرائطه إلا فى ثلاث (١) رجاء الصلح بين المتخاصمين سواء أكانوا أقارب أم أجنب لان القضاء يورث الضغينة فيحترز عنه ما أمكن لكن لا يؤخر ذلك أكثر من مرتين فإن لم يطمع فى الصلح أنفذ القضاء .

(٢) إذا حصل له ريبة فى الشهود فله أن يؤجل الحكم حتى يتثبت

(٣) الثالث أن يستمهله المدعى حتى يحضر له بينة، أو يستمهله المدعى عليه

ليحضر بينة له على الدفع فإنه يجيبه ولا يعجل بالحكم.

(٩) مادة ١ - من قانون الإثبات «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه».

- مادة ٣ فقرة ١ من مشروع قانون الإثبات «البينة على المدعى واليمين على من أنكر».

وزاد البيرى عن الخلاصة مسألة أخرى وهى: إذا لم يعتمد القاضى فتوى أهل مصره فبيعت الفتوى إلى مصر آخر فإنه لا يَأْثَمُ بتأخير الحكم. ثم ان كان الشهود فسقة كان للقاضى أن يقضى بشهادتهم (وقد بينا ذلك فى شروط أداة الشهادة) فلو لم يقض بشهادتهم فلا الزام، أما إذا كان الشهود عدولا مزكّين فإنه يجب عليه القضاء بشهادتهم فوراً إلا إذا رجا الصلح أو استمهل أو انتظر الفتوى على ما تقدم، فإن لم يكن شىء من ذلك وقد آخر القضاء فإنه يَأْثَمُ لتركه الواجب، ويستحق العزل لفسقه، ويعزر لارتكابه ما لا يجوز شرعاً.

وفى القانون: القاضى حر فى تقدير الدليل المقدم إليه يأخذه إن اقتنع به ويطرحه إذا تطرق الى وجدانه الشك فيه حتى الاقرار وهو أقوى الأدلة فى مذهب بعضهم موكل لعهد القاضى، وقد يأباه على صاحبه إذا تبين له أنه مخالف لما ثبت لديه كمن يعترف أنه أتى أمراً فى زمان كان مسجوناً أو أقترض الدين ممن ليس بيده سند إضراراً بذى دين ثابت. غير أن من الأدلة ما يصعب على القاضى الاعراض عنه، ومنها ما يسهل تركه. والقاعدة ان كل شىء جائز قانوناً لم يطعن فيه الخصم المقام فى وجهه مسلم من القضاء، فإذا حصل الطعن من الطريق المشروع ظهر اختيار القاضى فى الترجيح. مثلاً ادعى زيد أن له ديناً وقدم سنداً موقعاً من المدين ولم يطعن هذا فيه بعدم صحة التوقيع ولم يقدم بياناً على فسادة تعسر على القاضى ألا يأخذ به، فإن طعن أو برهن على الفساد كان له أن يقبل الطعن أو يرفضه بعد تحقيق وقائعه وأحواله. (١٠)

ومن المقرر عند فقهاء الشريعة أنه إذا جاء كل من الخصمين بحجة فترجح إحدى الحجتين على الأخرى ليس موكولاً لرأى القاضى بل لذلك قواعد وضوابط وتفصيلات بينها الفقهاء. (١١)

(١٠) انظر رسالة الإثبات لنشأت بك.

(١١) انظر كتابى ترجيح البينات للشيخ غانم البغدادى، والسيد محمود حمزة، وكتاب القول لمن لنوعى زاده وغيرهما من الكتب التى عنيت بذلك.

وقد أفضت القول فيها وشرحتها شرحاً حسناً وافياً في دعوى الرجلين وترجيح
البيّنات وأنتك لتجد في بعضها خلافاً ناشئاً عن اختلاف النظر في الترجيح وهو كثير
وقد اتعب الفقهاء أنفسهم وأراحوا القضاة.

ثم إذا ادعى المدعى دعواه فدفعها المدعى عليه دفعاً مقبولاً طوّل دليل الدفع فإذا
جاء به اندفعت عنه دعوى المدعى.

وليس القاضي مخيراً بين قبول الدفع الصحيح وردّه بل هو ملزم بسماحة والبيّنة
عليه سواء كان قبل الحكم أم بعده، وقبل الجواب في الموضوع أم بعده.

وبالجملة فليس لقضاة الشريعة من الحرية في هذا المقام ما لقضاة القانون.

وفي القانون: القاضي حكم عدل بين الطرفين يزن حجة كل منهما ويفصل في
الخصومة بترجيح إحدى الحجّتين، وليس له أن يحكم بعلمه الخاص لأنه ليس شاهداً
في الخصومة «انظر ما سيأتى في علم القاضي» بهذا المبدأ أمن القانون تطرف القضاة في
أحكامهم وحيدتهم عن الحق سهواً أو عمداً، وتساوى الخصمان أمام القضاء، فالدعوى
سجال بينهما يحج الواحد منهم غريمه بما يسر له القانون من وسائل الإثبات وطرق
الاقناع. والقضاء ميزان ترجح إحدى كفتيه على الأخرى بما يثقلها من أدلة أحدهما.

وينبغى أن تعقد هنا مقارنة بين تلك الحرية التي أعطيتها قضاة القانون، وذلك التقيد
الذي قيد به قضاة الشرع في الأخذ بالأدلة وردّها، وفي ترجيح إحدى الحجّتين على
الأخرى، وكذا في الموازنة بين بيّنة النفي وبيّنة الإثبات.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- قواعد الإثبات ليست من النظام العام، جواز الاتفاق صراحة أو ضمناً على

مخالفتها. (١)

(١) الطعن رقم ٢٢٩ لسنة ٦٤ ق أحوال شخصية جلسة ٢٥/٥/١٩٩٨

، الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٦٠ ق مجموعة المكتب الفني السنة ٤٨ ص ١٠١

، الطعن رقم ١٣٢٥ لسنة ٥٨ ق مجموعة المكتب الفني السنة ٤٦ ص - ٦١٢

، الطعن رقم ٢٤ لسنة ٦٠ ق أحوال شخصية مجموعة المكتب الفني السنة ٤٤ ص ٢٤٨

- الأصل هو براءة الذمة وانشغالها عارض ويقع الاثبات على عاتق من يدعى ما يخالف الثابت أصلاً مدعياً كان أو مدعى عليه. (٢)
- تحصيل فهم الواقع وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود. من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك. عدم التزامها من بعد بتتبع مناحى دفاع الخصوم والرد عليها استقالاتاً. (٣)
- تقدير أدلة الدعوى وبحث الدلائل والمستندات وموازنة بعضها ببعض الآخر وترجيح ما تظمن إليه منها. من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض طالما جاء استخلاصها سائغاً لا يخالف الثابت بالأوراق. (٤)

(٢) الطعن رقم ٢٥٢ سنة ٣٣ ق، ٢٨ سنة ٣٤ ق جلسة ٢٤ / ١ / ١٩٦٧ مجموعة القواعد في خمسين عاماً ص ١٥٢ قاعدة ٣٧

، الطعن رقم ٦٨٣٤ لسنة ٦٢ ق مجموعة المكتب الفني السنة ٤٨ ص ١٧١

، الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٦٦ ق مجموعة المكتب الفني السنة ٤٨ ص ١١٣٩

، الطعن رقم ٢١٣٧ لسنة ٦٠ ق مجموعة المكتب الفني السنة ٤٦ ص ٣٠٢

، الطعن ارقام ١٧٩٩، ٢٠٩٧، ٢٢٤٣ لسنة ٦٢ ق مجموعة المكتب الفني السنة ٤٤ ق ٧١٢

(٣) الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٠ / ٥ / ١٩٩٦

، الطعن رقم ٣٩٣٥ لسنة ٦٠ ق مجموعة المكتب الفني السنة ٤٧ ص ٨٩

، الطعن رقم ٢٦٦ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٨ / ٧ / ١٩٩٦

، الطعن رقم ٤٩ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٩ / ١ / ١٩٩٦

، الطعن رقم ١٨٤ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٩٦

، الطعن رقم ٥٣ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٧ / ١١ / ١٩٩٥

(٤) الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٨ / ١ / ١٩٩٦

، الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٨ / ٧ / ١٩٩٦

، الطعن رقم ٩٧ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٢ / ٤ / ١٩٩٦

، الطعن رقم ٢١٦ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ١٣ / ٥ / ١٩٩٦

، الطعن رقم ٤٢٩ سنة ٣٧ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٢ / ٣ / ٧٣

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ص ٣٩١ - ٤٠٨ قاعدة ٩٥١ - ١٠٥٠

- من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديمًا صحيحًا وفى موازنة بعضها ببعض الآخر وترجيح ما يطمئن إليه منها وفى استخلاص ما يراه متفقًا مع واقع الدعوى دون رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض طالما جاء استخلاصه سائغًا من أدلة لها أصلها الثابت فى الأوراق. (٥)

عدم التزام المحكمة بإيراد النص الكامل للشهادة بأسباب حكمها. حسبها الإشارة إلى مضمونها. (٦)

- إجراء التحقيق ليس حقًا للخصوم. لمحكمة الموضوع عدم الاستجابة إليه دون أن تلتزم ببيان سبب الرفض. (٧)

(٥) الطعن رقم ٤٣ من ٦١ ق - أحوال شخصية - جلسة ٣١/١/١٩٩٥

، الطعن رقم ٢٩ سنة ٥١ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٦/٢/١٩٨٢

(٦) الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٦٦ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٧/٣/٢٠٠١

(٧) الطعن رقم ١١٥ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٢/٤/١٩٩٦

، الطعن رقم ٢ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ١٨/١٢/١٩٩٥

، الطعن رقم ٧١ سنة ٦٥ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٠/١/٢٠٠١

الفصل الثانى

الشهادة على النفى

الأصل فى البيّنات أنها للإثبات. وأما النفى فإن كان نفياً مطلقاً فلا معنى لاقامة البيّنة عليه فإذا ادعى زيد أن له فى ذمة بكر مبلغ كذا فلا معنى لأن يقيم بكر بينه على أنه لم يستدن من زيد شيئاً لأن هذا نفى لا يحيط به علم الشاهد، والأمر فى هذا بديهى جداً.

غير أن الفقهاء أجازوا قبول الشهادة على النفى المطلق فى أحوال قضت بها الضرورة وتكون الشهادة حيثئذ على نفى العلم لا على البتات. من ذلك الشهادة على حصر الورثة وأنه ليس للمتوفى وارث غير من ذكروا فى الدعوى. والعقل يجوز أن يكون له ورثة آخرون لكن لو تركت قسمة التركة حتى يتيقن من أنه لا وارث له غير هؤلاء فلا تقسم تركة أبداً وذلك لقيام هذا الاحتمال دائماً. ومن ذلك الشهادة على الإفلاس إذ يجوز عقلاً أن يكون للمحكوم بافلاسه أموال خفية غير أمواله الظاهرة وهو يكتتمها ولذا يكتفى من الشاهد بالشهادة على نفى العلم أيضاً.

وأما النفى المقيد فإن كانت الشهادة عليه لم تبلغ إلى درجة التواتر فهى غير مقبولة فى مذهب أبى حنيفة وأن بلغت حد التواتر قبلت ووجب العمل بها وقدمت على شهادة الإثبات.

قال فى البزازية شهدا أنه استقرض من فلان فى يوم كذا فى بلد كذا فبرهن على أنه لم يكن فى ذلك المكان بل كان فى مكان آخر لا يقبل، لأن قوله «لم يكن فيه نفى صورة ومعنى، وقوله: «بل كان فى مكان كذا» نفى معنى. وأصله ما فى النوادر عن الثانى شهدا عليه بقول أو فعل يلزم عليه بذلك اجارة أو مبيع أو اطلاق أو عتاق أو قتل أو قصاص فى مكان وزمان وصفاه فبرهن المشهود عليه أنه لم يكن ثمة يومئذ لا يقبل.

لكن قال فى المحيط أن تواتر عند الناس وعلم الكل عدم كونه فى ذلك الزمان فى ذاك المكان لا تسمع الدعوى ويقضى بفراغ ذمته، لأنه يلزم تكذيب الثابت الضرورة، والضروريات مما لا يدخله الشك عندنا أ هـ وقد نقله الحموى فى حاشيته عن الاشباه وأخذت به جمعية المجلة فى المادة (١٦٩٩) ونصها العربى هو: انما البيئة مشروعة لظهار الحق، بناء عليه لا تقبل الشهادة بالنفى الصرف كقوله فلان ما فعل هذا الامر والشىء الفلانى ليس لفلان، وفلان ليس بمديون لفلان ولكن بيئة النفى المتواتر مقبولة «مثلا» لو ادعى بأنى اقرضت فلانا فى الوقت الفلانى كذا مقدارا من الدراهم وأثبت المدعى عليه بالتواتر انه لم يكن فى الوقت المذكور فى ذلك المحل بل كان فى محل آخر تقبل بيئة التواتر ولا تسمع دعوى المدعى. أ هـ وعلل ذلك فى شرحها بأن الشهرة فى النفى حجة كما فى الاثبات، واذا كان امرا مشهورا فالقاضى عالم بكذب الشهود وإذ لم يجز له القضاء بشهادتهم عند تمكن تهمة الكذب فعند العلم بكذبهم أولى «على أفندى عن المبسوط».

لكن يؤخذ مما قاله صاحب الفتح أن النفى إذا كان مما يحيط به علم الشاهد تقبل الشهادة عليه. ومثال ذلك أن يقول الخاطب لمخطوبته «وقد عقد زواجها مع أبيها وهى بكر» بلغك عقد الزواج فسكت «أى رضيت بسكوتك» فقالت بل رددت فأقام البيئة على سكوتها عمل بيئته

وعلله فى الفتح بتعليلين «أولهما» أن الشهادة لم تقم على النفى بل قامت على حالة وجودية فى مجلس يحاط بطرفيه «الثانى» أننا نسلم أنها قامت على نفى لكنه نفى يحيط به علم الشاهد فقبل أ هـ.

أقول لكن التعليل الثانى يتعارض مع ما قاله فى الهداية، ونقله عنه فى الاشياء من أنه لا فرق فى عدم قبول الشهادة على النفى بين أن يحيط علم الشاهد به أولا كما إذا قال: عبدى حر ان لم أحج هذا العام فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق بناء على أنه نفى معنى أى انه لم يحج.

كذلك لو تعارضت بينتا نفى واثبات رجحت بينة الاثبات بل لا يلتفت الى بينة النفى أصلاً كما فى مثال البزازية السابق وكما فى المثال الآتى - قالت الظئر أنها أرضعت الطفل بلبن نفسها وقال أبوالطفل انها أرضعته بلبن شاة، واقام كل من الطرفين بينة فبينة الظئر اولى.

وفى كتاب نزهة الخاطر فى علم الأصول ما نصه - كل شهادة نافية أسندت إلى علم بالنفى فإنها تعارض المثبتة لأنها تساويها اذ هما فى الحقيقة مثبتتان لأن أحدهما تثبت المشهود به والأخرى تثبت العلم بعدمه فتعارض البينتان ويطلب المرجح من الخارج. ثم قال وهذا المذهب هو الذى نختاره وكان قد حكى قبل ذلك ان فى المسألة آراء أخرى. وهذا كله فى مذهب الامام احمد.

وبعد فأقول أن لى نظراً فى اهدار شهادة النفى دائماً إذا عارضتها شهادة اثبات وعدم اعتبارها اصلاً إذا تجردت عن ان تكون ضمن اثبات او فى معنى الاثبات. فلو أن شهود النفى الذى يحيط به علم الشاهد كانوا اكثر عدداً أو أزيد عدالة من شهود الاثبات وقامت القرائن لدى الحاكم شاهدة برجحان قولهم على قول شهود الاثبات - لو ان الامر كان كذلك لم لا تندفع شهادة شهود الاثبات وترجح عليها شهادة النفى التى امتازت عنها بكثرة العدد أو قوة العدالة؟ نعم ان اصحابنا رحمهم الله لا يرجحون بزيادة العدالة ولا بكثرة العدد لكن النفس تكاد لا تطمئن الى التسوية بين بيتين اشتركتا فى اصل العدالة ثم ترجحت احدهما على الاخرى بزيادة فى العدد أو فى قوة العدالة ولو كانت تلك الزيادة فى جانب شهادة النفى، ويكاد العلم الضرورى يكون حاصلًا بالفرق بين الطائفتين.

على أن آخرين من غير اصحابنا من الأئمة الكبار كمالك والأوزاعي والشافعى رضى الله عنهم أجمعين رأوا الترجيح بزيادة العدالة، أو كثرة العدد، أو تعضيد الظاهر «انظر ترجيح البينات» فلم لا تتبع آراء هؤلاء ويعمل بها إذا

ثبت أن جانبها هو الراجح والمسألة اجتهادية محضة. وأن من العدل أن يوكل أمر الترجيح في مثل هذا إلى القاضي بما يستتجه من القرائن المحتفة بالدعوى والجواب عنها وشهادة الشهود وحال كل من المدعى والمدعى عليه وعلاقة أحدهما بالآخر وما يتصل بذلك.

فالذى تلخص عندي أن بيئة النفي يجب أن تقبل في موضعين:

(الأول) إذا توافرت فيها شروط التواتر وهذه لا مرد لها بالاجماع.

(الثاني) أن تكون على نفي يحيط به علم الشاهد كما قدمناه عن الفتح.

ولا عبرة بما قاله في أيمان الهداية ونقله عنه في الأشباه من أنه لا فرق في عدم قبول الشهادة على النفي بين أن يحيط علم الشاهد به أولاً كما إذا قال عبده حر أن لم يحج العام فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق بناء على أنه نفي معنى، بمعنى أنه لم يحج أ هـ. وذلك لأن من يقبل الشهادة على الشرط المنفي يجب عليه أن يقبل الشهادة على كل نفي يحيط به علم الشاهد، لأن تناول علم الشاهد لكل منها واحد، ودعوى الفرق بينهما تحكم وتفريق بين متساويين من حيث تناول الشهادة كلا منهما.

وهو الأصل في قبول الشهادة وردها (١) وأما النفي الذي لا يحيط به علم

الشاهد، فالشهادة به مردودة بالبداهة. (٢)

(١) وما يوضح هذا أن نقل الترك عنه صلى الله عليه وسلم مقبول ومعدود من السنة كنقل الفعل. ومن أمثلة ذلك نقلهم عنه أنه لم يغسل شهداء أحد وأنه لم يكن أذان ولا إقامة في صلاة العيد الى غير ذلك. أليس هذا كشهادة النفي الذي يحيط به علم الشاهد. وإن من العجب أن يرد قوم مثل هذا في شهادة بعض الأشخاص على بعض في امر جزئي وهم يقبلونه في نقل الاحاد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في امر كلي ملزم لجميع الأمة «انظر اعلام الموقعين».

(٢) قد تقبل الشهادة على النفي المطلق ضمناً إذا غلب على الظن اعتقاده كالشهادة بأن ميراث فلان الميت انحصر في ورثته المذكورين في الدعوى وأنه لا وارث له سواهم فقد يجوز عقلاً ان يكون له ورثة آخرون لكن لو تركت قسمة التركة حتى يظهر كل ورثته فلا تقسم تركة أبداً لعدم انتفاء هذا الاحتمال ومن أجل ذلك قبلت الشهادة واكتفى بأن تكون شهادة على العلم لا على البتات.

والموازنة بين بينتى النفى والإثبات إذا تعارضتا يجب أن يوكل أمرها إلى القضاء كما قد قدمنا (٣) هذا هو الذى يجب الأخذ به على ما أرى.

وما أحسن ما نقله فى معين الحكام عن القرافى المالكى قال: اشتهر على ألسنة الفقهاء أن الشهادة على النفى غير مقبولة وفيه تفصيل. فان النفى قد يكون معلوماً بالضرورة أو بالظن الغالب الناشئ عن الفحص وقد يعرى عنهما فهذه ثلاثة أقسام: (الأول) تجوز الشهادة به اتفاقاً كما لو شهد أنه ليس فى هذه البقعة التى بين يديه فرس ونحوه فإنه يقطع بذلك، وكذلك يجوز أن يشهد أن زيدا لم يقتل عمراً بالأمس لأنه كان عنده فى البيت ولم يفارقه، وأنه لم يسافر لأنه رآه فى البلد. فهذه شهادة صحيحة بالنفى، أقول وهذا القسم يرجع إلى الشهادة بما يحيط به علم الشاهد.

(الثانى) تجوز الشهادة به أعنى بالنفى مستنداً إلى الظن الغالب وذلك فى صور: منها التفليس فإن الحاصل فيه إنما هو الظن الغالب لأنه يجوز عقلاً حصول المال للمفلس وهو يكتمه. ومنها الشهادة على حصر الورثة وأنه ليس له وارث غير من ذكروا، فمستند الشاهد الظن، وقد يكون له وارث لم يطلع عليه فهى شهادة على النفى مقبولة.

أقول وهذا ملحق بالقسم الاول لطمأنينة الشاهد بما يشهد به أخذاً من القرائن القوية أو الظاهرة، والشهادة فى المثالين السابقين مقبولة عندنا أيضاً على ما بين فى موضعه.

(٣) نقل فى نزعة الخاطر على روضة الناظر فى أصول الفقه على مذهب الامام احمد فيما إذا تعارضت رواية الإثبات ورواية النفى أربعة آراء: منها أن النفى أن استند إلى علم بعدم قدم على الإثبات، وذلك كأن يقول الراوى مثلاً اعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفعل لأنى كنت معه فيه ولم يقب عن نظرى طرقة عين. أو قال اعلم أن فلاناً لم يقتل زيدا لانى رأيت زيدا حياً بعد موت فلان أو بعد الزمن الذى اخبر الجراح انه قتله فيه. فهذا يقبل لاستناده الى مدرك علمى ويستوى هو وإثبات المثبت فيتعارضان ويطلب المرجع من خارج وكذلك كل شهادة نافية فسدت الى علم بالنفى فانها تعارض المثبتة لانها تساويها اذ هما فى الحقيقة مشبتان لان احدهما تثبت المشهودته والاخرى تثبت العلم بعدمه وهذا المذهب هو الذى تختاره أ هـ. (انظر المجلد الرابع من الشرح الكبير آخر ص ٤٦٠ وأول ص ٤٦١ فان له اتصالاً بما هنا).

(الثالث) ما يعرى عنها مثل أنه يشهد أن زيدا لم يوف الذى عليه أو ما باع سلعته ونحو ذلك فهذا نفى غير منضبط، وإنما تجوز الشهادة على النفى المنضبط قطعاً أو ظناً أهـ. وما قررناه هنا قد أخذ به علماء القانون فى الشهادة بالنفى.

وأرى أن ما جاء فى قانون الإثبات فى المادة (٦٩) يطابق ما نص عليه صاحب نزهة الخاطر على أنه المختار فى مذهب الامام أحمد. وهاك نص هذه المادة «الاذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق». (٤)

وفى القانون: محل الدليل يكون أمراً وجودياً أو سلبياً على السواء. قالوا إن إثبات النفى مستحيل، وعلى كل حال لا يكلف به من يدعيه وهو قول لا يحتتمل النقد اللهم إلا إذا أرادوا من كلمة النفى مجرد الانكار كما فى مثال: زيد يدعى على بكر دينا وهذا يقول إنه غير مدين ففى هذه الحالة يصح قولهم لا يكلف بكر بإثبات ما قدمه وهو الانكار لكن إذا قال أنه وفى الدين وجب عليه إثبات الوفاء. نعم الوفاء أمر وجودى لكن ثباته نفى لأمر وجودى آخر وهو الدين. مثال آخر: ادعى زيد أن بكرا ضربه فى يوم كذا ساعة كذا بمكان كذا وجاء عليه بشهود - لبكر أن ينكر وجوده فى ذلك المكان ذلك اليوم فى تلك الساعة لكن من السهل اثبات هذا النفى بإثبات بكر أنه كان مسافراً أو مسجوناً أو مريضاً وهكذا.

وجاء فى كتاب الطعن فى الأحكام لمسيو دوهلس القاضى بمحكمة الاستئناف سابقاً ما نصه «من الترجمة العربية» منع المتهم من الاستشهاد بشهود ينفون شهادة شهود الإثبات أو يضعفون أهميتها والثقة بها يعد سلباً لحقوق الدفاع. فلا يجوز لمحاكم الاستئناف ولا للمحاكم الابتدائية أن ترفض طلب المتهم للاستشهاد بشهوده والا كان عملها باطلاً الا اذا تبين من اقواله انه يريد الاستشهاد بهم على وقائع ليس لها علاقة بالدعوى أو على وقائع تفيده ولكن تعتبرها المحكمة ثابتة أو على وقائع لا

(٤) تضمنت المادة ٥١ من مشروع قانون الإثبات ذات النص.

يصح إثباتها قانوناً «فى مادة القذف مثلاً» أو لا يصح اثباتها بشهادة الشهود أو يكذبها عقد رسمى واجب الأخذ به حتماً إلى أن يطعن فيه بالتزوير أهـ.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن ..

- المقرر عند الحنفية أن الشهادة على النفى تقبل إن كانت فى المعنى شهادة على أمر وجودى كالبنوة. (١)

- المعول عليه فى فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن الشهادة على النفى تقبل إن كانت فى المعنى شهادة على أمر وجودى. (٢)

- شهادة النفى على أمر وجودى، مقبولة فى فقه الحنفية. (٣)

- لا يعيب الحكم إطراحه أدلة للنفى. مادام أن قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة مخالفة. تعيب هذا الاستخلاص. جدل موضوعى فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الأدلة. لا يقبل التحدى به أمام محكمة النقض. مثال فى دعوى تطبيق. (٤)

- إنكار الحق الموجب لعدم سماع الدعوى مما يصح نفيه بكافة طرق الإثبات. (٥)

- الأصل سماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الإثبات. (٦)

(١) الطعن رقم ١١ سنة ٤٤ ق - أحوال شخصية - جلسة ٧٦/٢/٤ مجموعة المكتب الفنى سنة ٢٧ ص ٣٩٨

(٢) الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٠ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٨١/٥/١٢

، الطعن رقم ١١ سنة ٣٦ ق جلسة ٦٨/٥/٢٢ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٧٣ قاعدة ١٨٨٦.

(٣) الطعن رقم ١١ لسنة ٤٤ ق - «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٧٦/٢/٤ مجموعة المكتب الفنى سنة ٢٧ ص ٣٩٨.

(٤) الطعن ١٨١ س ٦١ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٥/٦/٢٠.

(٥) الطعن رقم ٢٥ لسنة ٣٦ ق - أحوال شخصية - مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ص ٨٩٨.

(٦) الطعن رقم ٨٣ لسنة ٥٦ أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٢/١/٢١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٣ ص ٢٠٠.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الكتاب الثاني

طرق الإثبات الشرعية

ما يفيد القاضى علماً يقينياً

ما يفيد القاضى ظناً راجحاً

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

مقدمة

تقسيم الأدلة من حيث قوة الاثبات

تنقسم الأدلة من حيث قوة الاثبات إلى جزئين :
الجزء الأول: ما يفيد الدليل فيه القاضي علماً يقينياً .
وهو يتناول علم القاضي ، «التواتر»
الجزء الثاني: ما يفيد الدليل فيه ظناً راجحاً .
ويندرج في هذا القسم سائر الأدلة الأخرى المتفق عليها والمختلف فيها.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أُسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الجزء الأول

ما يفيد
القاضي علماً يقينياً

علم القاضي

التواتر

رَفْعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الأول

علم القاضى

صورة ذلك أن يعلم القاضى بحادثة فى البلدة التى هو قاضى عليها حال قضائه كأن يسمع رجلا يقر لرجل بمال أو يسمعه يطلق امرأته، أو يقذف رجلا، أو رآه يقتل انسانا، أو نحو ذلك مما يكون القضاء فيه بغير الحدود الخاصة لله تعالى (١). ثم ترفع إليه تلك الحادثة وهو على قضائه.

فعلى قول المتقدمين يجوز له أن يقضى فى ذلك بعلمه أخذا برواية الأصول. وعلى قول المتأخرين. لا يجوز له القضاء بعلمه فى شىء من ذلك أخذا برواية ابن سماعة عن محمد (أنظر حاشية الحموى). وقال فى الأشباه ان الفتوى على قول محمد المرجوع إليه فى أنه لا اعتبار لعلم القاضى. وقال فى جامع الفصولين وعليه الفتوى وعليه مشايخنا رحمهم الله أ هـ.

وأما أن اطلع على ما يوجب حدا خالصا لله تعالى كالزنا وشرب الخمر فانه لا يقضى بعلمه اتفاقاً، وكذا لو اطلع على سرقة لا يقضى بالجلد اتفاقاً وانما يقضى بالمال فقط على قول المتقدمين (٢).

وان علم بالحادثة قبل أن يستقضى ثم استقضى ثم رفعت اليه تلك الحادثة وهو

(١) مادة ٦ مشروع قانون الاثبات «لا يحكم القاضى بعلمه الشخصى»

(٢) قال فى المبسوط ما ملخصه إذا رأى القاضى وهو فى مجلس القضاء أو غيره رجلا يزنى أو يسرق أو يشرب الخمر ثم رفع اليه فله أن يقيم عليه الحد فى القياس لانه يتقن باكتسابه السبب الوحيد الموجب للحد عليه، والعلم الذى استفاده بمعاينة السبب فوق العلم الذى يحصل له بشهادة الشهود لان ذلك محتمل الصدق والكذب. وفى الاستحسان لا يقيم عليه الحد حتى يشهد الشهود عنده بذلك عليه أو يقر بذلك لأن الحدود التى هى من خالص حق الله تعالى يستوفىها الامام على سبيل النيابة من غير ان يكون هناك خصم يطالب به من العباد فلو اكتفى بعلم نفسه فى الإقامة ربما يتهمه بعض الناس بالجرور والإقامة بغير حق، وهو مأمور بأن يصون نفسه عن ذلك وهذا بخلاف القصاص وحد القذف وغير ذلك من حقوق الناس لان هناك خصما يطالب به من العباد ويوجوده تنتفى التهمة عن القاضى فكان مصدقا فيما زعم انه رأى ذلك. أ هـ.

قاض فعلى قول أبى حنيفة لا يقضى بذلك العلم، وعلى قولهما يقضى. لهما أنه لما جاز له أن يقضى بالعلم المستفاد فى زمن القضاء جاز له أن يقضى بالعلم المستفاد قبل زمن القضاء، لان العلم فى الحالين واحد، ولا فرق بين علم وعلم. ولأبى حنيفة أن بين العلمين فرقا لان علمه الحادث له فى زمن القضاء علم فى وقت هو مكلف فيه بالقضاء فأشبهه البيئة القائمة فيه. والعلم الحاصل فى غير زمن القضاء حاصل فى وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء فلم يكن فى معنى البيئة فلم يجز القضاء به فهذا هو الفرق بين العلمين . وعن محمد أنه رجع إلى قول أبى حنيفة (أنظر الفتاوى الهندية).

وقال فى المبسوط: كان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول إذا علم قبل أن يستقضى ثم استقضى فشهد عنده رجل واحد بذلك قضى به وذلك مروى عن شريح رحمه الله قال ولكن نقول علمه بمعاينة السب ليس من جنس ما يحصل له من العلم بشهادة الشهود عنده واكمال أحدهما بالآخر لا يمكن والقاضى لا يتمكن من القضاء إلا بحجة فالطريق فى ذلك أن يشهد مع الرجل الآخر لصاحب الحق عند الامام الذى فوّه حتى يقضى هو بذلك أهـ .

ولو علم بحادثة وهو قاض ولكن كان وقت علمه بها فى مصر غير المصر الذى هو قاض فيه ثم رجع إلى محل قضائه ثم رفعت اليه تلك الحادثة وأراد أن يقضى بذلك العلم فهو على الخلاف الذى مر .

وان علم وهو قاض فى مصر. ثم عزل ثم أعيد على القضاء فلا شك أن عند الصاحبين له ان يقضى بعلمه، ومن اصحابنا من قال وكذا عند أبى حنيفة ايضا له أن يقضى بعلمه لأنه استفاد علم القضاء بمعاينة السبب حتى لو قضى به فى ذلك الوقت جاز ذلك فكذلك إذا قضى به بعد ما قلد ثانيا. والاصح أنه على الخلاف لأنه بعدما عزل لم يبق له فى تلك الحادثة إلا علم الشهادة فهو وما لو علم من بعدما عزل سواء، يوضحه أنه لو سمع شهادة الشهود فلم يقض بها حتى عزل ثم أعيد على القضاء لم يقض بتلك الشهادة بخلاف ما قبل العزل فكذلك إذا عاين السبب.

فحصل من هذا أن المتقدمين والمتأخرين من المشايخ اتفقت كلمتهم على أن القاضى لا يقضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى (٣) غير انه إذا أتى بالسكران ينبغى أن يعزره لاجل التهمة لما قام من أمارات السكر ولا يكون ذلك حداً، وأما حد القذف والقصاص وجميع حقوق العباد - كالنكاح والطلاق والقتل والسرقة فى حق المال.

فمذهب المتقدمين أن القاضى يجوز له أن يقضى فى ذلك بعلمه.
ومذهب المتأخرين عدم جواز ذلك.

استدل المتقدمون على ما ذهبوا اليه وهو اصل المذهب كما قدمنا بأن القضاء بالبينة جائز بالاجماع فيجوز القضاء بعلم القاضى بطريق الأولى وهذا لان المقصود من البينة ليس عينها بل حصول العلم للقاضى بالحادثة وعلمه الحاصل بالمعينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لأن الحاصل بالشهادة علم غالب الرأى واكبر الظن، والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى، الا أنه يقضى به فى الحدود الخالصة لأن الحدود يحتاط فى درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه (٤) ولأن كل واحد من المسلمين يساوى القاضى فى هذا العلم لو اطلع على ما يوجب حداً خالصاً ولكن غير القاضى إذا علم لا يمكنه اقامة الحد فكذا هو (٥).

وإنما عدل المتأخرون عن قول المتقدمين واجمعوا على الفتوى بخلافه لعل واحدة هى فساد الزمان.

(٣) وفى رواية عن الشافعى رحمه الله أن للقاضى أن يقضى بعلمه فى كل شيء حتى فى الحدود الخالصة لانه يجوز له أن يقضى فى ذلك بالبينة، والمقصود من البينة أن يحصل له العلم بالحادثة وقد علم هو بنفسه فلا فرق بين علم يتعلق بالحدود وعلم يتعلق بغيرها. أنظر البدائع ونيل الاوطار. وقد علمت جوابه مما نقلناه آنفاً عن المبسوط.

(٤) أقول ان كان الاحتياط لاجل علمه هو فعلمه حاصل بيقين بالنسبة له فلا معنى لهذا الاحتياط وان كان لتهمة فى دعواه العلم فهذا كما يحصل فى الحدود يحصل فى غيرها وسيأتى ما يوضحه.

(٥) أقول الفرق واضح جداً بين القاضى وغيره فى اقامة الحدود والالزام بالحقوق والأمر ليس فوضى فما معنى هذا الكلام المتدافع.

وقد روى عن ابى حنيفة رحمه الله أن القاضى إذا علم بطلاق أو عتاق أو غضب أمر بأن يحال بين المطلق وزوجته والمعتق وأمته والغاصب وما غضبه بأن يجعله تحت يد أمين إلى أن يثبت ما علمه القاضى بوجه شرعى - بينة أو اقرار أو نكول - وهذه الحيلولة على وجه الحسبة لئلا يقربها الزوج أو السيد أو الغاصب، وليست على وجه القضاء. أنظر البدائع والفتاوى الهندية والدرر ورد المحتار.

وتتميما للفائدة أذكر ماورد فى التبصرة ونيل الأوطار وظفر اللاضى مما يتعلق بهذه المسألة ثم اذكر رأى أخيرا.
قال فى التبصرة:

(أ) إذا شهد رجلان عند القاضى، وفى علم القاضى ما فى علم الشاهدين فلا يبيح للمشهد عليه الدفع فيهما ولا فيمن عدلهما إذا كان معدلين.

(ب) إذا كان للقاضى قبل أحد شىء أو لأحد قبله شىء رفع ذلك إلى غيره ووكل وكيلا يخاصمه عنه، وأن شاء خاصم بنفسه ولم يوكل.

(ج) لو أن رجلا اتبع آخر بمال أو دم أو حق من الحقوق، وكان الحاكم فيه مشاهدا لم تمنعه شهادته فيه أن يقضى بين أهله بالشهود كما يقضى فى غيره. ولا ينبغى أن يقضى فيها بشهادة نفسه، ولكن يشهد له بما قبله من ذلك عند غيره من الحكام الخ أنظر القضاء بعلم القاضى.

وجاء فيها فى باب القضاء بالشهادة على الخط.

إن الشاهد قد يكتب شهادته على نوع من الاكراه. قال: وشاهدت هذا فى حكومة رفعت إلى حاكم تتضمن هبة لوجه الله تعالى وانه وهب ذلك فى حال صحته وجواز تصرفه طائعا مختارا وأنه أجاز ذلك. وفى الهبة خط أهل العلم وغيرهم من العدل، وكانت الهبة على سبيل الاكراه، وكتابة الشهود على نوع من ذلك. وكان الحاكم يعرف باطن القضية فصرفها عن نفسه أهـ.

وإذا شهد عند القاضى شهود عدول بما يعلم هو خلافه فلا يحل له ان يسمع منهم ولا يقضى بشهادتهم ويدفع الخصمين عن نفسه ويكون شاهدا عند من

يتحاكمان إليه ذكره ابن العطار قال ابن الفخار وهذا لا يستقيم على مذهب اصحاب مالك إلا ابن كنانة وحده وقال ابن المواز فى كتابه إذا شهد العدول عند القاضى بشئ يعلم القاضى أن الذى شهدوا به باطل فلا يجوز له الحكم بشهادتهم وينفذ شهادتهم بعد الانتظار اليسير واستحسن لو خلا بهم فأعلمهم بعلمه وشهادتهم فلعله ينكشف لهم بقوله ماوراء ذلك فان لم يمكن فليحكم بشهادتهم. وأرى أن يعلم الذى حكم عليه ان له عنده شهادة ولا ينبغى له أن يبطل الشهادة ولا يردّها ولا أن يمضى منها ما ليس بباطل ويرد ما هو باطل وقال ابن الماجشون ولا ينبغى للقاضى أن يمضى باطلا يعلمه ولا يبطل الشهادة ولكن يرفعها إلى غيره ويشهد القاضى بما يعلمه فى ذلك.

قال فى نيل الأوطار بعد أن حكى اختلاف العلماء فى قضاء القاضى بعلمه ما نصه: والحق الذى لا ينبغى العدول عنه أن يقال ان كانت الأمور التى جعلها الشارع اسبابا للحكم كالبينة واليمين ونحوها أمورا تعبدنا الله بها لا يسوغ لنا الحكم إلا بها وأن حصل لنا ما هو أقوى منها بيقين فالواجب علينا الوقوف عندها والتقيد بها وعدم العمل بغير ما فى القضاء كائنا ما كان وان كانت أسبابا يتوصل بها الحاكم إلى معرفة المحق من المبطل والمصيب من المخطئ غير مقصودة لذاتها بل لأمر آخر وهو حصول ما يحصل للحاكم بها من علم أو ظن وأنها أقل ما يحصل له ذلك من الواقع فكان الذكر لها لكونها طرائق لتحصيل ما هو المعتبر فلا شك ولا ريب أنه يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه لان شهادة الشاهدين والشهود لا تبلغ إلى مرتبة العلم الحاصل من المشاهدة أو ما يجرى مجراها فان الحاكم بعلمه غير الحاكم الذى يستند إلى شاهدين أو يمين ولهذا يقول المصطفى صلى الله عليه وعلى آله وسلم (فمن قضيت له بشئ من مال أخيه فلا يأخذه إنما أقطع له قطعة من نار) فإذا جاز الحكم مع تجويز كون الحكم صوابا وتجويز كونه خطأ فكيف لا يجوز مع القطع بأنه صوابا لاستناده إلى علم اليقين. ولا يخفى رجحان هذا وقوته لأن الحاكم به قد حكم

بالعدل والقسط والحق كما أمر الله تعالى. أ هـ المراد منه وتماه فيه.

وقال فى ظفر اللاضى ما نصه: للحاكم أن يحكم بما علم فإن غاية ما يحصل للحاكم بشهادة الشهود أو يمين المنكر أو اقرار المقر هو مجرد الظن المختلف قوة وضعفا. لأن الصدوق قد يكذب، والمقر على نفسه قد يقر بالباطل لغرض، ولكن هذه لما كانت أسبابا شرعية وردت فى الكتاب والسنة وأجمع عليها أهل الإسلام كان القضاء بها حقا فى ظاهر الشرع وجاز للقاضى الاستناد فى حكمه إلى الظن لأن هذه الأدلة الواردة فى أسباب الحكم هى من جملة مخصصات الأدلة الواردة فى النهى عن العمل بالظن والوعيد عليه كما قيل فى أخبار الآحاد ونحوها من الظنيات. ومعلوم لكل عاقد أنه اذا كان الحاكم يعلم بالقضاء ويدرى بالشئ على جليلة وحقيقته فهذا مستند فوق ما يحصل له من تلك الأسباب لأنه علم، والحاصل من تلك الأسباب ظن، ولا خلاف فى أن العلم أقوى من الظن وأن الاستناد اليه مقدم على الاستناد إلى الظن بل لا يبقى للظن تأثير فى وجود العلم أصلا. الخ ما قال.

وأقول ان ما قاله فى البدائع ونيل الأوطار وظفر اللاضى كله حق لامرية فيه من حيث أن العلم الحاصل لقاضى بمعاينته ومشاهدته هو أقوى بيقين من الظن الحاصل له بشهادة الشهود واقرار المدعى عليه أو نكوله، والاطالة فى الاستدلال عليه اسراف فى القول، والمنازعة فيه مكابرة.

ولكن محل النزاع الحقيقى هو: أنصدق القاضى فى قوله انه علم بالحادثة التى حكم فيها وقد يتناول فى حكمه الأموال والدماء والأعراض أم نحتاط فى ذلك محافظة على أموال الناس ودمائهم وأعراضهم؟

الحق أن الاحتياط فى ذلك واجب بل هو من اعظم مطالب الشريعة الحكيمة العادلة فلا نسلم للقاضى ما يقضى به ولا نقره عليه إلا إذا بين لنا اسبابا مقنعة وحججا واضحة استند فى قضائه عليها يزيل بها التهمة عن نفسه لان القاضى بشر مثلنا وليس بملك فما هو معصوم وبدون ذلك لا توجد الطمأنينة فى نفس احد.

ولأمر ما وجب أن تكون جلسات القضاء علنية ووجب بيان الاسباب التي يبنى عليها القاضي حكمه أليس هذا هو الاحتياط الواجب والتساهل فيه من اكبر الجرائم. نقل في نيل الاوطار عن أبي على الكرابيسى مانصه: لا يقضى القاضي بما علم لوجود التهمة، ويلزم من أجاز للقاضي أن يقضى بعلمه مطلقاً أنه لو عمد إلى رجل مستور لم يعهد منه فجور قط أن يرحمه ويدعى أنه رآه يزني، أو يفرق بينه وبين زوجته ويزعم أنه سمعه يطلقها، أو بينه وبين أمته ويزعم أنه سمعه يعتقها فان هذا الباب لو فتح لوجد كل قاضى السبيل إلى قتل عدوه وتفسيقه والتفريق بينه وبين من يحب ومن ثم قال الشافعى لولا قضاة السوء لقلت ان للحاكم أن يحكم بعلمه أهـ. واسمع ما أنقله اليك من ذيل كتاب تاريخ قضاة مصر (٦) قال توفي رجل بمصر وخلف مالا جزيلا وخلف بنتا طفلة وجارية أما للطفلة ثم ماتت الطفلة فانتقلت النعمة إلى أمها فخطبها قاضى القضاة طمعا فى ثروتها فلم تحبه إلى ذلك فوجه إلى اربعة من شهود وكتب عليها محضرا بأنها سفيهة ووضع يده على التركة. فهربت منه إلى دار الوزير وطرحت نفسها على جواريه فأنهين حالها اليه ثم احضرت اليه فعرفته ماجرى عليها فأمرها بوضع محضر تركته لها وبأخذ خطوط من استوى لها من الشهود فيه، ففعلت ذلك، وشهد لها فيه شاهدان واثته به. فأمر باحضار قاضى القضاة وأجرى عليه المكروه قولا وفعلا وعاقبه اشد العقاب على ما فعل، وقبض على شهوده الاربعة وأجرى عليهم المكروه وخلع على الشاهدين اللذين شهدا لها، وأخرج للمرأة مالها واطلق سبيلها. أهـ المقصود منه باختصار. فانظر أرشدك الله إلى مثل هذا الشرير وهو قاضى القضاة كيف تواطأ مع اربعة من الشهود العدول عنده على اغتيال مال امرأة ضعيفة بتلك الحيلة الدنيئة، وتفكر كيف يكون الحال لو ترك لهذا وأمثاله أن يبنوا الاحكام على علمهم. فما أحسن ما قاله الشافعى رضى

(٦) هذا الكتاب لابی عمرو محمد بن يوسف بن يعقوب الكندى. وذيله لابی الحسن بن عبد الرحمن بن برد. وقد طبع الكتاب مع ذيله فى مدينة روما عاصمة ايطاليا سنة ١٩٠٨ غير أن فيه شيئا من التحريف. ثم طبع ثانيا مع كتاب الولاة على مصر فى مجلد واحد فى بيروت.

الله عنه واجتمعت عليه كلمة المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله. ولا تحسبن ان هذه حادثة فردية لا تستلزم سوء الظن بكل قاض فان الحديث فى ذلك يطول والداء عضال قديم وعرض الدنيا الزائل أعمى الكثيرين فكبهم على وجوههم فى الجحيم. وقد رد فى ظفر اللاضى ما قدمناه من التعليل بالتهمة بأنه لا وجه له ولا التفات اليه. فان التهمة منفية عن الحكام العادلين العارفين بما شرعه الله عز وجل المتعلقين بحجج الله سبحانه وتعالى الخ ما قال.

وانى أقول له أبهذا الحسن الظن بالناس لقد أدركت شيئا وغابت عنك اشياء. أين هم أولئك النفر الذين وثقت بهم؟ وكم عددهم فى كل بلد؟ أو انت تريد ان يقضى بعض القضايا بعلمهم وهم من توافر فيهم ما ذكرت وما أقل عددهم، بل ما أندره وألا يقضى سواهم وهم الاكثرون عددا بذلك؟ فترسم لاحد الفريقين طرقا للقضاة غير ما ترسمه للفريق الآخر فأى خلل فى النظام وأى فتنة اكبر من هذا؟ فدع عنك النظريات المجردة التى تستوى الأبواب بروعة مقدماتها وجمال نتائجها فى ذاتها لكنها عند التطبيق على من وضعت لهم تظهر درجة ما هى عليه من الخطأ والبعد عن المناسبة - كالذى يخطط ثوبا هو غاية فى حسن الهندام ودقة التفصيل وجودة النسيج لرجل اقعس الصدر أحذب الظهر معوج الخلق فلا يجده يصادف مجلة فالثوب فى ذاته فى نهاية الجمال والحسن ولكن أين لابسـه؟ فالحكيم هو الذى يعطى كل شىء ما يناسبه ولا يبنى علمه على التخيلات والتصورات الجميلة فحسب وسبحانه الذى اعطى كل شىء خلقه ثم هدى.

وبالجملة فالقواعد الفقهية والرسوم التشريعية يجب أن يلاحظ فى وضعها ما هو الواقع من حال الناس وما هم عليه من الحالة النفسية فيجب الاحتياط فى فصل القضاء كى يأمن الناس على نفوسهم وأموالهم وأعراضهم وأن يتق كل ذى حق من وصوله إلى حقه ومن ذلك ألا يمكن القاضى من أن يقضى بعلمه بل يلزم الزاماً بأن يبين للجمهور اسباب حكمه. وأما النظريات الجميلة التى توضع لقوم هم فى الذروة العليا فى النزاهية والاستقامة ولا احسب لهم وجودا إلا فى عالم الخيال اللهم إلا

ماندر فليس من الحزم ولا من الحكمة وضعها لاناس تتجاذبهم الأهواء من كل جانب وان كان لايزال فى الناس بقية صالحة، ولن تخلو جماعة من الخير ولكن العبرة للكثير الغالب والمظان الكلية هى مناط الاحكام.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- المبدأ الأساسى الذى يحكم النظرية العامة فى الاثبات هو مبدأ حياد القاضى، فلا يجوز أن يقضى بعلمه الشخصى عن وقائع الدعوى دون أن يكون من قبيل ذلك ما يحصله استفتاء من خبرته بالشئون العامة المفروض المام الكافة بها. (١)
- المسألة الفنية البحتة - ليس للمحكمة ان تحل نفسها محل الخبير الفنى فيها - عدم استطاعتها إبداء رأى فيها بغير الاستعانة بالحقائق العلمية الثابتة لكشف الحقيقة فى الدعوى - عدم اعتبار ذلك قضاء بعلمها الشخصى. (٢)

(١) نقض ٤٩ سنة ٤٤ ق جلسة ١٢/٤/٧٨، نقض ١٠٩٧ سنة ٤٧ ق جلسة ٢٥/٢/٧٩.

مجموعة القواعد القانونية فى خمسين عاما ص ١٤٢ قاعدة ١١، ص ١٤٣ قاعدة ١٢.

(٢) الطعن رقم ٨٢ سنة ٧٠ ق جلسة ٢٢/١٠/٢٠٠٢

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الثانى

التواتر

معنى التواتر (١) فى اللغة التابع ومنه جاءوا تترى أى متتابعين.

وعند الفقهاء هو خبر جماعة يقع العلم بخبرهم، أو هو خبر جماعة لا يتصور اتفاقهم على الكذب وليس للتواتر عدد معين على الصحيح وإنما الشرط أن يكون المخبرون جمعاً لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب.

ولما كان التواتر يفيد علم اليقين (أنظر التوضيح فى الأصول) فلا تقام بينة على خلافة لأن البيانات ظنية يدخلها الشك بخلاف التواتر سواء أكان المستند إلى التواتر مدعياً أم مدعى عليه، وسواء أكان مثبتاً أم نافياً، وسواء أكان فى الاموال أم الحدود أم القصاص وسواء أكان قبل الحكم أم بعده وذلك لأن التواتر حجة فى النفى والإثبات لافادته القطع واليقين.

قال فى الذخيرة : ومن جملة ذلك رجل أقام البينة على آخر أنه قتل أباه عمداً فى ربيع الأول وأقام المدعى عليه البينة أنهم رأوا أباه حياً بعد ذلك. أو أقام رجل على آخر البينة أنه أقرض أباه ألف درهم بتاريخ كذا وأقام الآخر البينة أن أباه مات قبل ذلك. أو أقامت امرأة شاهدين على أن زوجها فلاناً طلقها يوم النحر بالركة وأقام فلان البينة أنه كان فى ذلك اليوم حاجاً - فالبينة فى جميع ذلك بينة المدعى ولا يلتفت إلى بينة المدعى عليه إلا أن تأتى العامة وتشهد بذلك ويكون أمراً مكشوفاً فيؤخذ بشهادتهم أ.هـ. ثم نقل عبارة البرازية المتقدمة ثم قال: وفى فتاوى على أفندى من بحث التواتر من الشهادة عن المبسوط: وكذلك ان قال آتى بالبينة انى كنت غائباً ذلك اليوم فى أرض لم يقبل منه إلا أن يجيء من ذلك بأمر مشهور فان القاضى

(١) أنظر كتاب الطريقة الواضحة للسيد محمود حمزة مفتى الشام.

يقضى بذلك لأن الشهرة فى النفى حجة كما فى الاثبات أ.هـ.

وفى ايضاح الخفيات فى تعارض النفى والاثبات للشرنبلالى مانصه: وأما إذا حكم الحاكم ثم أقام الجمع المستفيض بعده هل يقبل منه؟ لم أره صريحاً وقد يستفاد القبول، ثم قال فى الاشباه والنظائر المقضى عليه فى حادثة لاتسمع دعواه ولايبنته إلا إذا أدعى تلقى الملك من المدعى أو النتائج أو برهن على ابطال القضاء - كما ذكره العماوى، فالدفع بعد القضاء بواحد مما ذكر صحيح وينقض القضاء فكما يسمع الدفع قبله يسمع بعده لكن بهذه الثلاث أ.هـ.

والجمع المخبر بالتواتر تارة يعبرون عنه بالعامّة وتارة بالكل، وتارة يصرحون ويقولون إذا علم كل صغير وكبير وعالم وجاهل، وتارة يقولون إذا كان الخبر مستفيضاً وأخرى إذا كان أمراً مشهوراً أو أمراً مكشوفاً وكل ذلك مرادهم به التواتر الذى هو عبارة عن علم الكثير من أهل البلدة التى وقعت بها الحادثة بحيث لايبقى مجال لطعن طاعن، لا كما زعم أهل عصرنا من أن التواتر يكون بعشرة نفر مثلاً حتى صار كل من الخصمين يستند فى دعواه أو دفعه إلى التواتر لأجل منع خصمه بعشرة أشخاص يخبرون بحادثته وبزعم أن ذلك هو التواتر. والأغرب من هذا موافقة بعض نواب هذا الزمن على ذلك بدعوى أنه امر مفوض إلى رأيهم فلو أتوهم بخمسة أشخاص مثلاً فى بلدة مثل دمشق لكفى عندهم مستندين إلى قولهم (ليس فى التواتر عدد معين) صارفين ذلك إلى القلة فيه وغفلوا عن قول المجلة (٢) (ولكن يلزم أن يكونوا جمعاً غفيراً لايجوز العقل اتفاقهم على الكذب) المادة ١٧٣٥ فأين الجم الغفير من العشرة أو الخمسة فى البلدة الكبيرة (٣).

(٢) نص المجلة فى الأصل باللغة التركية فذكرنا ترجمته باللغة العربية.

(٣) الجم الغفير هو عبارة عن جملة الناس قال فى المصباح مانصه: وجاءوا الجماء الغفير أو جماء الغفير أى بجملتهم أ.هـ. ومن

معانى الجم العدد الكثير.

ثم قال: وإذا استند كل من المدعى والمدعى عليه إلى التواتر وأتى كل منهم بجماعة يخبرون وفق مدعاه فعلى الحاكم أن يدقق النظر في ذلك فإن رأى أن الجماعتين لا يقال فيهما جم غفير فيكون حكمهما حكم البيئة العادية (٤) فيستشهد ويزكى ويحكم، وإن رأى أن خبر كل من الجماعتين يقال فيه أنه متواتر بحسب الظاهر وأشكال عليه الأمر فيتأمل في الجماعتين تأملاً صادقاً خالياً من الغرض فأى الجماعتين وافق خبره شروط التواتر واطمأن إليها قلبه حكم بما أخبرت به ورد الجماعة الأخرى لأن التواتر دليل قطعى والحجج القطعية لا تتعارض. ثم قال بعد كلام: وتذاكرت مع جماعة من أفاضل النواب في مسألة استناد الخصمين إلى التواتر فأكثرهم توقف في ذلك. وقال بعضهم تعارضاً تساقطاً. فقلت بدليل أو نقل؟ فقال بل تخريجاً على قولهم البيتان المتعارضتان تسقطان، قلت ذلك في الحجج الظنية الجائز تعارضها لا في القطعيات التي تعارضها محال، فانقطع أهـ. ملخصاً مع تصرف في العبارة من كتاب الطريقة الواضحة.

وقال في شرح المجلة ولمحكمة التمييز جملة قرارات منها قرار مؤرخ في ٣١ أيلول سنة ١٣٠٩ مؤداه أن عدد شهود التواتر لا ينبغي أن يكون أقل من خمسة وعشرين شاهداً. ولها قرار آخر مؤرخ في ٤ أيلول سنة ١٣١١ مؤداه إذا قال المشتري أنه يوجد طريق عام بين العقار الذى اشتراه هو وبين ملك الشفيع وأن له على ذلك بيئة التواتر فلا لزوم لتكليفه إقامة مثل هذه البيئة لأن كون الطريق خاصاً أو عاماً يعرف بالمشاهدة فيلزم من ثم اجراء الكشف واستماع شهادة النصاب وتزكيته أهـ. ولا يشترط في شهادة التواتر لفظ الشهادة ولا العدالة كما في غيرها من الشهادات لأن الخبر في ذاته قطعى فيقبل من كل أحد بدون شرط ولا قيد بعد أن يكون المخبرون عدداً يؤمن تواطؤهم على الكذب ولينظر ما يتعلق بذلك في علم الأصول وانظر المادة (١٧٣٤) من المجلة).

(٤) وفي هذه الحالة يتبع مانص عليه الفقهاء في دعوى الرجلين وترجيح البيئات.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

أجاز الحنفية الشهادة بالتسامع فى مواضع منها النسب واختلفوا فى تفسير وتحمل الشهادة به، فعن أبى حنيفة لا يشهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتوافر به الأخبار وعلى هذا إذا «أخبره» رجلان أو رجل وامرأتان لا تحل له الشهادة ما لم يدخل فى حد التواتر ويقع فى قلبه صدق الخبر، وعن صاحبين إذا أخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول يكفى وتحل له الشهادة، والفتوى على قولهما، واشترطوا فى الأخبار - هذا وعن العدلين - أن يكون بلفظ أشهد وبمعنى أن يشهدا عنده بلفظ الشهادة. والمتون قاطبة - والنقول المعتبرة - أطلقت القول بأن الشاهد إذا فسر للقاضى ردت شهادته ولا تقبل فى جميع المواضع التى يجوز للشاهد الشهادة فيها بالتسامع ومن الفقهاء من استثنى الوقف والموت ولو فسر للقاضى أنه أخبره به من يثق به لأن الشاهد ربما يكون عمره عشرين سنة وتاريخ الوقف أو الموت مائة سنة فيتيقن للقاضى أنه يشهد بالتسامع، فكان الإفصاح كالسكوت. واختلفوا فى معنى التفسير للقاضى أنه يشهد بالتسامع: فلو شهداً وفسراً وقالوا شهدنا بذلك لأن سمعنا من الناس لا تقبل، ولو قالوا سمعنا من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل، ولو قالوا أخبرنا بذلك من نثق به فمنهم من قال أنه من التسامع ومنهم من قال أنه ليس منه وجعله الراجع، والظاهر أنه حيث أجزى للشاهد أن يشهد بالتسامع فى المواضع التى بينها وجب أن يقضى بشهادته وإن فسر وإلا كان فى المقام ما يشبه التناقض إذ كل ما فى الأمر يريدون تحميل الشاهد عبء ما يشهد به ولا يحملون القاضى ذلك.

والطريق إلى تحمل الشهادة بالتسامع وحدها هو أن لا يشهد الشاهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتوافر به الأخبار ويقع فى قلبه صدقها أو أن يخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان يحصل له به نوع من العلم الميسر فى حق المشهود وأنهم أوجبوا على الشاهد

أن يطلق أداء الشهادة ولا يفسر للقاضي أنه يشهد بناء على ماسمع من الناس. وإذا كان ذلك فإن تعيب الحكم بأنه لم يبين أنه توافرت في أقوال الشهود شروط قبول الشهادة بالتسامع يكون في غير محله إذ هي أمور تتصل بتحمل الشهادة وحليتها للشاهد، وكذلك تعييبه لأن أحداً منهم لم يشهد بواقعة معاصرة للواقعة المطلوب إثباتها ولا بما شهد به لديه عدلان ولم يدع الحكم أن ما شهدوا به تحققت فيه شروط التواتر إذ هي أمور تتحمل بأداء الشهادة بالتسامع - عند الأداء - يضرها الإفصاح ويصححها السكوت وأن يكن سكوتاً كالإفصاح. والأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه - بالعين أو بالسمع - بنفسه، واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب ومنها ما هو على الصحيح أو على أرجح الأقوال أو على أحد قولين مصححين أو على قول مرجوح أجازوا فيها الشهادة بالتسامع من الناس وإن لم يعاينها بنفسه، وهي ضرورة بعد ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة أو هي استحسان مرده والوجه فيه أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم وقد تتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وأنها يقترن بها في العادة ماتشتهر به فنزلت الشهرة في كل منها منزلة العيان والناس يعتمدون فيها على الخبر فكان مسوغاً للشهادة ولو لم تقبل أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام والحرج مدفوع شرعاً. وهم مع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما يشهد به أمراً متواتراً سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب واشتهر واستفاض وتواترت به الأخبار عنده ووقع في قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء، أو يخبره به - وبدون استشهاد - رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيحصل له نوع من العلم الميسر في حق المشهود به وهي مراتب منها ما يفيد العلم كشهادة التواتر ومنها ما يفيد ظناً قوياً يقترب من القطع كشهادة الاستفاضة ومنها ما يفيد ظناً دون شهادة الاستفاضة بأن يقولوا سمعنا سماعاً فاشياً أو لم نزل نسمع من الثقات، والفقهاء قد أوجبوا على

الشاهد أن لا «يفسر» للقاضى إنما أرادوا بذلك تحميل الشاهد عبء ماشهد به
لاتحميل القاضى هذا العبء.

والشهادة بالتسامع فى فقه الشريعة الإسلامية لا هى شهادة برأى ولاهى شهادة
على شهادة ومن الدرجة الثانية، وإنما هى شهادة أصلية ومتميزة بضوابطها ودواعيها
لها قوتها فى الإثبات، ويحمل الشهادة فيها عبء ماشهد به وهى بذلك لاتدخل فى
باب شهادة السماع ولا من باب الشهادة بالشهرة العامة فى فقه القانون الفرنسى
ولاتجربى مجراها وبالتالي مما تستقل به محكمة الموضوع بما لا رقابة لمحكمة النقض
عليها فيه مالم تخرج بها إلى ما لاتؤدى إليه (١)

- الشهادة بالتسامع - على ماجرى به قضاء هذه المحكمة - جائزة عند الأحناف
فى مواضع منها النسب وشرطها أن يكون مايشهد به الشاهد امرأ متواتراً مشتهراً
سمعه من جماعة لايتصور تواطؤهم على الكذب، ويشتهر ويستفيض تتواتر به
الأخبار ويقع فى قلبه صدقها(٢)

(١) الطعن رقم ١٣ لسنة ٣٣ ق احوال شخصية جلسة ١٩٦٧/١/٤ مجموعة المكتب الفنى لسنة ١٨ ق ٥٤

، الطعن رقم ١٢ لسنة ٣٦ ق احوال شخصية جلسة ١٩٦٨/٣/٢٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ق ٦١٤

(٢) الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٥٨ ق - احوال شخصية جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧ مجموعة المكتب الفنى س ٤١ ص ٦٢٥

الباب الثالث

إضافة وتكملة

(خاتمة)

نصت بعض مواد القوانين الوضعية على دعاوى لا تثبت عند انكار المدعى عليه إلا بدليل كتابي، وبعضها لا يثبت إلا بدليل رسمي، على ما هو مرسوم وموضح بتلك المواد. فهل تثبت تلك الدعاوى - من باب أولى - بشهادة التواتر اذ التواتر كما أسلفنا من الأدلة التي تفيد القاضي علماً قطعياً فيكون بناء الحكم عليه أقوى من بنائه على الكتابة ولو كانت رسمية لأنها لا تفيد إلا ظناً راجحاً إذ احتمال التزوير فيها قائم في جميع الأحوال؟

ظاهر النصوص القانونية ونصوص اللائحة أن الشهادة ولو بلغت حد التواتر لا تقوم مقام الدليل الكتابي المنصوص عليه في تلك المواد. والذي يتراءى لى أحد أمرين:

أما أن واضعى القوانين لم يفطنوا لدليل التواتر ولذا لم يلتفتوا إليه ولم يعرجوا عليه كما فعل فقهاء الشرع الإسلامى ولجنة المجلة العدلية.

وأما أن يكونوا قد رأوا من المصلحة اقفال باب شهادة الشهود كما أمكن الاثبات بالكتابة وأن يوصدوه ايصادا. لأنه لو فتح لتمكن أصحاب الدعاوى الكاذبة أن يحضروا شهوداً كذبة وأن يستكثروا منهم ثم يزعموا أن الشهادة قد بلغت حد التواتر، والحال أنه لا تواتر وقد يدخل فى هذا التلاعب وتطغى الأهواء، ولا تنس ما هو آنفاً نقلا عن شرح المجلة مما يتعلق بذلك. إذا يكونوا قد أحسنوا صنعا.

وكل ما فى الأمر أن تضحى حقوق ثابتة فى الواقع ونفس الأمر لأن لأن أصحابها لم يحتاطوا لصيانتها ولم يتخذوا الطريق القانونى المنضبط لحفظها ولا شك أن ضبط طرق الأحكام بما يمنع التلاعب ويقضى على الأهواء الفاسدة أولى من ترك الأمر فوضى ومسائل طرق الاثبات مرنة ولا عبرة إذا بضياح ما يضيع من الحقوق بسبب

ذلك لأنه قليل جداً بالنسبة إلى ما يصاب منها بسبب ذلك فيعتبر في حكم العدم،
والعبرة للمظان الكلية فهي التي يجب أن تكون مناط الأحكام، لما أسلفنا.
وأما إذا وجدت شهادة تواتر تثبت عكس ما تثبته الأوراق ولو كانت رسمية فإنه يؤخذ
بها حتماً لأن الأوراق يمكن أن يطعن فيها بالتزوير، ومن أدلة التزوير الشهادة العادية،
فما بالك لو بلغت الشهادة إلى حد التواتر؟ لاشك أن الأخذ بها يكون أحرى
وأولى.

الجزء الثاني

الأدلة

التي تفيد القاضي ظناً راجحاً

الخط أو الكتابة
الشهادة
المعاينة
الإقرار
اليمين
القسم
القرينة
القياس
القرعة

رَفْعُ
عبد الرحمن النخدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الأول

الخط أو الكتابة

هل يعتبر الخط من طرق الاثبات

أدلة المانعون

أدلة المجوزين

اللوائح الشرعية والمجلة العدلية

القوانين المصرية

الفصل الأول

هل يعتبر الخط من طرق الإثبات

اختلف فقهاء الشرع الإسلامي في اعتبار الخط (الكتابة) طريقاً من طرق أثبات الدعوى فأجاز الاحتجاج به فريق منهم ومنعه فريق آخر .
وهاك جملة القول في ذلك.

الفرع الأول أدلة المانعون

استدل المانعون:

(أ) بأن الخطوط قابلة للمشابهة والمحاكاة فمع قيام هذا الاحتمال لايجوز الاحتجاج بالخط لجواز التزوير فيه. وهذه شبهة تمنع من العمل به.
قال كمال الدين بن الهمام (الحنفي) قد رأينا كثيراً تتحاكى خطوطهم حتى أنى رأيت ببلدة الاسكندرية خط رجل من أهل العلم يعرف بالقاضى بدر الدين الدماميني. كان رحمه الله فقيهاً مالكياً شاعراً أديباً فصيحاً، وخط رجل آخر بها يعرف بالخطيب ولا يفرق الإنسان بين خطيهما أصلاً. ولقد أخبرني من أثق بصلاحه وخبره أنه شاهد رجلاً كان معبداً في الصلاحية بالقدس الشريف ووضع رسم شهادته في صك فأخذ من صاحبه عدواناً، فكتب رجل مثله ثم عرضه على الكتاب فلم يشك أنه خطه.

وقال ابن عبدالسلام (المالكي) من عرف خط إنسان بكثرة رؤيته لكتابه ثم أتى بشيء مما كتبه ذلك الإنسان ليشهد بأنه خطة فالشاهد لم ير هذا الخط حين كتبه. فاعتماده في الشهادة انما هو على ظن حصل في ذهنه أن الذي رآه الآن هو من نوع الذي كان رأى ذلك يكتبه. جعل هذا مدركاً للشهادة في غاية الضعف وأخرى إذا كان على خط من لم يره يكتب ولم يجمعه وإياه زمان ولا مكان معتمداً على كثرة ما رأى من خطه الذي ينسب إليه (١)

(ب) يحتمل أن كاتب الخط قد كتبه للتجربة، أو كان يلهو ويلعب، أو كان يحرق صورة عقد أو صك تحريراً ابتدائياً ثم يهذه وي زيد فيه أو ينقص فيما بعد، وقد يموت تاركاً هذه المسودة التي لم تخرج عن كونها مشروعاً لعمل كان يريد فمات قبل أن يتمه. فمع هذا الاحتمال كيف يحتج بالخط؟

وقد منع الاحتجاج بالخط جمهور الحنفية، وإن كانت النقول في كتبهم في ذلك مضطربة كما حكاها في تنقيح الحامدية وقد انحصرت الأدلة الشرعية عندهم في ثلاثة، الاقرار والبيئة والنكول، وأما الخط فقد اعتبره الشيخ خير الدين الرملى (وهو من جمهور فقهاء المذهب الحنفى) خارجاً عن حجج الشرع، وقال انه لم يستند في الاحتجاج به على نص قاطع واستهواه السجع فقال ما قال في ذلك (٢) نسأل الله ألا يحرمنا من الهداية والتوفيق.

ونقل الأمام ابن القيم عن الشافعى رضى الله عنه أنه لا يعتمد على الخط لا في الحكم ولا في الشهادة، ولكن في مذهب الشافعى وجه آخر وهو أنه يجوز لكل من الشاهد والقاضى أن يعتمد على الخط إذا كان محفوظاً عندهما.

(١) قارن هذا بعمل أهل الخبرة في الخطوط الآن.

(٢) وما هي ذي عبارة الشيخ خير الدين بنصها قال لها عبرة لمجرد الخط والكاغد «أي الورق» بلا بيان فقد صرحوا قاطبة بأنه لا يعتمد على مجرد الخط ولا يعمل به بل هو خارج عن حجج الشرع الشريف والقاضى لا يقضى إلا بأحادي حججه وهي البيئة «أي الشهادة» والاقرار والنكول هذا شرع محمد سيد ولد عدنان، لها الرسم في الورق من أي كائن والعبرة لما هو واقع، لها لما كتب بالخط من الوقائع، إذ لم ينص عليه الشارع، ولا اعتمد امام بارع يستند إلى نص قاطع.

الفرع الثانى

ادلة المجوزين للعمل بالخط

قالوا قد ثبت العمل بالخط بالأدلة المتكاثرة من الكتاب والسنة والاجماع. وبالكتابة حفظ الله هذه الشريعة حتى علمها من تأخر كما علمها من تقدم، ولولا ذلك لذهبت الشريعة ولا سيما فى العصور المتأخرة فإن الحفاظ فيها فى غاية القلة ولم يبق من العلم إلا ما حوته بطون الدفاتر. وهكذا حفظ الله بالكتابة اخبار السلف حتى عرفها الخلف ولولا ذلك لذهبت بها الأعصار وصارت نسياً منسياً، وبهذا ظهرت الحكمة الإلهية فى الأمر بالكتابة بنص القرآن فى آية المدائنة لحفظ الحقوق. ومن أدلة السنة على اعتبار الكتابة أمره صلى الله عليه وسلم بكتب المصالحة بينه وبين قريش، ومنها كتب الامانات ومنها كتب الاقطاعات، ومنها كتب عقد الذمة والصلح. ومنها كتاب عمرو ابن حزم الذى كتبه إليه صلى الله عليه وسلم وأخذ الصحابة كثيراً من الأحكام الشرعية عنه. وقد حكى الامام الرازى فى المحصول اجماع الصحابة على العمل بالخط (٣)، وأما من بعد الصحابة فيدل عليه اجماعهم الفعلى على الاحتجاج بذلك والعمل به فى معاملاتهم وفى المصنفات فى الفنون العلمية على اختلاف انواعها (ظفر اللاضى).

وفى الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده) فلو لم يجر الاعتماد على الخط لم يكن لكتابة الوصية فائدة (الطرق الحكمية)، وقد دلت الأدلة المتضاربة التى تقرب من القطع على قبول شهادة الأعمى فيما طريقه السمع إذا عرف الصوت مع أن تشابه الأصوات إن لم يكن أعظم من تشابه الخطوط فليس دونه وقال بعض الكبار من فقهاء المالكية أن الخطوط وإن كان يشبه بعضها بعضاً لكن الاشتباه بينها قليل أو نادر وقد يزول عند تدقيق النظر فيها فهى فى ذلك كسائر الأشخاص والصور التى يشبه

(٣) قارن هذا بما قاله الشيخ خير الدين الرملى رحمه الله.

بعضها بعضاً لكن مع التفاوت فى الأغلب ولا سيما عند امعان النظر فيها وقد تظهر الفوارق بذلك فقلما يوجد التشابه التام من كل جهة بين خطين كما يندر - أو لا يوجد التشابه التام بين شخصين أ.هـ بالمعنى مع زيادة لأجل الشرح. ومثله لابن القيم. فلم لا يعتمد على الخط كما تقبل الشهادة على الأشخاص مع قيام الاحتمال فى التشابه؟ وقال فى الطرق الحكمية قد صرح أحمد والشافعى بأن الوارث إذا رأى فى موروثه أن لى عند فلان كذا جاز له أن يحلف على استحقاقه، وكذا لو وجد فى دفتره أنى أدبت إلى فلان ما على جاز له أن يحلف على ذلك إذا وثق بخط مورثه وأمانته.

ولم يزل الخلفاء والقضاء والأمراء والعمال يعتمد بعضهم على كتب بعض ولا يشهدون حاملها على ما فيها ولا يقرءونه عليه، هذا عمل الناس من زمن نبهم إلى الآن (الطرق الحكمية) وجاء فى تقرير المحاكم الشرعية لشيخنا واستاذنا الشيخ محمد عبده رحمه الله مانصه: والأدلة الخطية مهمة بالمرّة لا يعدها القضاة إلا مؤيدة بالشهادات، والمعول عليه هو الشهادة لا غير اللهم إلا فى قليل من حجج المبايعات واعلامات الأحكام وعار على قوم يأخذون الأحكام من الكتب ويجلسون للحكم بدلائل الخط لا سواها أن يأبوا اعتبار الخط دليلاً متى كان بامضاء من عليه الحق أو ختمه ولا توجد فيه شبهة التزوير. وقال فى ظفر اللاضى: وأما احتمال الخط للتزوير ومشابهة الخطوط بعضها لبعض فهذا أمر لا ننكره لكن لا يمنع العمل بالخط والاحتجاج به إذا اشتدت إليه الحاجة وكان فى مأمن من التصنيع والتزوير أ.هـ.

وقد تقدم أن عامة علماء الحنفية على عدم جواز العمل بالخط للشبهة المتقدمة، فالخط عندهم لا يعتمد عليه أى لا يقضى القاضى بما دل عليه عند المنازعة (انظر الأشباه والنظائر ورد المحتار) غير انهم استثنوا من ذلك مسائل لأسباب وجيهة دعت إلى استثنائها،

وهاك خلاصة ما قالوه فيها:

خط البيع والسمسار والصراف حجة فيما كتبه على نفسه وإن لم يكن معنوياً

ظاهراً بين الناس. قال فى المجتبى: وأما خط البيع والصراف والسمسار فهو حجة وإن لم يكن مصدراً معنوياً يعرف ظاهراً بين الناس، وكذا ما يكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف. أ.هـ وفى خزانة الأكملة: صراف كتب على نفسه خطأ بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد ثم مات فجاء غريم يطلب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه يحكم بذلك فى تركته أن ثبت أنه خطه، وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة. أ.هـ أقول والظاهر أنه لا بد فى هذه الحالة من يمين الاستظهار (٤). وسنذكرها فى موضعها. وقال العلامة العيني: البناء على العادة الظاهرة واجب. أ.هـ وقال فى الخانية: وصك الصراف والسمسار حجة عرفاً. قال فى رد المحتار: فشمل ما إذا لم يكن مصدراً معنوياً وهو صريح مامر عن المجتبى، وما إذا لم يعترف بأنه خطه كما هو صريح مامر عن الخانية. أ.هـ وأما ما يكتبه أحدهم لنفسه فلا يكون حجة له لأنه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به فكيف إذا كتبه. ولما علل ابن وهبان المسألة بأن البيع ونحوه لا يكتب فى دفتره إلا ماله وعليه ظن بعض الناس من هذا انه يعمل بكتابته فى الذى له كما يعمل بها فى الذى عليه مع أن مراد ابن وهبان أن البيع ونحوه لا يكتب فى دفتره شيئاً على سبيل التجربة للخط أو اللهو واللعب بل لا يكتب إلا جاداً ما له وما عليه (انظر رد المحتار).

قال فى الخانية والهداية والتبيين والمقتضى أن الكتاب على ثلاث مراتب: (أ) مستبين مرسوم وهو أن يكون معنوياً أى مصدراً بالعنوان وهو أن يكتب فى صدره (من فلان إلى فلان) على ما جرت به العادة، ومن ذلك أن يكتب فى الصك: يقول فلان الفلانى أن فى ذمتى لفلان الفلانى كذا وكذا. ومنه ما قال فى رد المحتار: سبب تحريره هو أنه ترتب فى ذمة فلان الفلانى الخ وكذا الوصول الذى يقال فيه:

(٤) انظر التبصرة جزء أول ص ٢٩٩.

وصل إلينا من يد فلان الفلانى الخ وكذا الوصول الذى يقال فيه: وصل إلينا من يد فلان الفلانى كذا. ومثله مايكبه الرجل فى دفتره مثل قوله: علم بيان، الذى فى ذمتنا لفلان الفلانى كذا فهذا كل مصدر معنون جرت العادة بتصديره بذلك.

(ب) مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار والكاغد (أى الورق) لا على الوجه المعتاد.

(ج) غير مستبين كالكتابة على الماء أو فى الهواء.

فالأول: بمنزلة القول الصريح وهو حجة كالنطق وهذا هو المعنى بقولهم: الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان، وانظر المادتين ١٦٠٩، ١٦٠٦ من المجلة.

والثانى: بمنزلة الكناية فلا يكون حجة إلا بانضمام شىء آخر إليه كالنية والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه، فلو كتب فى ورقة امرأته طالق كان هذا بمنزلة الكناية فيفتقر إلى ما تفتقر إليه وذلك لأن الكتابة قد تكون للتجربة ونحوها، وبهذه الأشياء المذكورة تبين الجهة. وقيل الاملاء بلا اشهاد لا يكون حجة والأول أظهر. وانظر المادة (١٦٠٧).

والثالث: لغو لا يثبت به شىء من الأحكام وأن نوى، وهو بمنزلة كلام غير مسموع. قال فى رد المحتار: ثم أن قول المجتبى — مايكتب الناس فيما بينهم الخ يفيد عدم الاقتصار على السمسار والصراف والبيع، بل مثله كل ما جرت العادة به فيدخل فيه مايكتبه الأمراء والأكابر ونحوهم ممن يتعذر الاشهاد عليهم فإذا كتب وصولاً أو صكاً بدين عليه وختمه بخاتمه المعروف فإنه فى العادة يكون حجة عليه بحيث لا يمكن انكاره ولو انكره يعد بين الناس مكابراً فإذا اعترف بكونه خطه وختمه وكان مصدراً معنوناً فينبغى القول بأنه يلزمه، وأن لم يعترف به أو وجد بعد موته فمقتضى مافى المجتبى أنه يلزمه أيضاً عملاً بالمعروف كدفتر الصراف ونحوه. ومثله ما إذا ووجد فى صندوقه صرة دراهم مكتوباً عليها هذه أمانة فلان الفلانى فإن العادة تشهد بأنه لا يكتب بخطه ذلك على دراهمه.

قال فى رد المحتار ماملخصه: ومحل كون كتابة السمسار ونحوه فى دفتره حجة عليه فيما كتبه على نفسه أن يكون الدفتر محفوظاً عنده فلو كانت كتابته فيما عليه فى دفتر خصمه فالظاهر انه لا يعمل به حلاً لما بحثه الطحاوى فإن الخط مما يزور. وكذا لو كان له كاتب والدفتر عند الكاتب لاحتمال كون الكاتب كتب ذلك عليه بلا علمه فلا يكون حجة عليه إذا انكره أو ظهر ذلك بعد موته وانكرته الورثة (هـ).

قال فى شرح المجلة: يلوح لى أن الأظهر ما بحثه الطحاوى من العمل بخط التاجر ولو كان فى دفتر خصمه إذا كان خطه وختمه معروفين، وهذا لا يخالف فروع المذهب بل انه موافق لما فى المادة (١٧٣٦) من المجلة من أنه يعمل بالخط والختم إذا كانا خاليين من شبهة التزوير، ولا حاجة إلى الأثبات بوجه آخر. وقد يقع كثيراً فى زماننا أن بعض الناس يشتري من البائع بضاعة بثمن معلوم ويكتب ذلك على نفسه فى دفتر البائع ويمضيه بامضائه أو يختمه بختمه، فإذا كان خط المشتري فأية شبهة بعد ذلك، لا سيما وقد جرت به العادة عند أكثر الناس حتى صاروا يعتاضون بذلك عن السندات المعتادة. وهو كلام ظاهر ينبغى الأخذ به لتسهيل المعاملات وأن كانت الرأى الأول احوط وأحزم. وانظر تقرير الرافعى.

وقال فى تنقيح الحامدية: وسئل قارئ الهداية عن شخص ادعى على شخص بحق وأظهر خط يده بذلك وأنكر المدعى عليه هل يحلفه القاضى أنه ليس خطه أم يحلفه على عدم الاستحقاق أو يستكتبه فأجاب إذا كتب علم رسم الصكوك/وجد أنه خطه يحلف على أنه ليس بخطه لأنه انكر الكتابة أو يستكتبه القاضى فإذا كتب وقال أهل الخبرة هما واحد ألزمه الحق، وأن اعترف أنه خطه وأنكر ما كتب فيه حلف المقر له أن المقر قبضه وقضى له وإن لم يحلف لا يقضى له (انظر الجزء الأول من التبصرة ص ٣٠٠) وأجاب عن سؤال آخر إذا كتب على رسم الصكوك يلزمه المال وهو أن يكتب: يقول فلان بن فلان الفلانى أن فى ذمته لفلان بن فلان الفلانى كذا وكذا فهو اقرار يلزم، وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه.

(هـ) يقارن هذا بما أتى به شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله - أنظر فتاواه جزء رابع ص ٣٦.

وأجاب عن سؤال آخر إذا كتب اقراره على الرسم المتعارف بحضرة الشهود فهو معتبر فيسع من شاهد كتابته أن يشهد عليه إذا جحد - إذا عرف الشاهد ماكتب اقراره عليه، أما إذا شهدوا أنه خطه من غير أن يشاهدوا كتابته فلا يحكم بذلك. وسئل عمن انكر المسطور هل يحلف عليه أنه ماكتبه أو يحلف على عدم الاستحقاق؟ فأجاب يحلف على عدم الاستحقاق خاصة. أ.هـ.

هذا ولما نقل في تنقيح الحامدية فروعاً متعارضة في الاحتجاج بالخط قال والحاصل انه اضطرب كلامهم في مسألة العمل بالخط. ولعله مبني على اختلاف الرواية أو أن فيه قولين. أ.هـ.

ملاحظة: مايكتبه التجار على احمالهم من العلامة الدالة على اسم صاحبها هل تدل العلامة على أن الحمل ملك صاحب العلامة؟ الجواب إن كان صاحب العلامة أو وكيله واضع اليد على الحمل فلا كلام في أن وضع اليد دليل الملك ظاهراً بلا بينة، ولا عبرة حيثئذ بمجرد الكتابة، وإن لم يكن هناك وضع يد فالأصل أيضاً أن الحمل لصاحب الاسم حيث لم يثبت بالبينة الشرعية انه لغيره. أ.هـ انظر التنقيح.

قالوا: ويجوز رجوع القاضى فى حكمه إلى دواوين من كان قبله من الأمناء لأن سجل القاضى لا يزور عادة حيث كان محفوظاً عند الأمناء بخلاف ما كان بيد الخصم (انظر رد المحتار).

وقال فى الفتح يسلك بالوقف منقطع الثبوت المجهولة شرائطه ومصارفه ماكان عليه فى دواوين القضاة (تنقيح) وفى الخيرية إن كان للوقف كتاب فى سجل القضاة وهو بأيديهم اتبع مافيه استحساناً إذا تنازع أهله فيه. قال فى رد المحتار: الظاهر أن وجه الاستحسان ضرورة احياء الأوقاف ونحوها عند تقادم الزمن بخلاف السجل الحديد لامكان الوقوف على حقيقة مافيه باقرار الخصم أو البينة فلذا لا يعتمد عليه وعلى هذا فقول الزيلعى - ليكون حجة عند الحاجة معناه عند تقادم الزمان. وهذا صريح فى جواز العمل بالحجة وأن مات شهودها حيث كان مضمونها ثابتاً فى السجل المحفوظ. أ.هـ لكن لا بد من تقادم العهد كما قلنا توفيقاً بين كلامهم (انظر

رد المحتار والأشباه والحموى) وفي المادة ١٧٣٨ من المجلة مانصه: يعمل أيضاً بسجلات المحاكم إذا كانت قد ضبطت سالمة من الفساد على الوجه الذى يذكر فى كتاب القضاء. أ.هـ غير انه لا يعمل بسجل المحكمة إذا لم يكن موقعاً عليه من الرئيس والباشكاتب، وبذلك قرار من محكمة التمييز (انظر الشرح) وجاء فى المادة (١٦٣٩) مانصه: لا يعمل بالوقفية فقط، ولكن إذا كانت مقيدة فى سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه تكون معمولاً بها على ذلك الحال. أ.هـ وأنت ترى من هاتين المادتين عدم التقييد بالتقادم بل المدار على سلامة السجل من التزوير.

ومما يناسب ذكره هنا ما نقله فى شرح المجلة عن الخانية ونصه: رجل وقف ضيعة له واشهد الشهود على مافى الصك، ثم قال الواقف انه وقفت على أن بيعى فيه جائز إلا أن الكاتب لم يكتب ذلك الشرط ولم أعلم بالذى كتب فى الصك. قال الفقيه أبو بكر البلخى أن كان الواقف رجلاً فصيحاً يحسن العربية فقرأ عليه الصك فأقر بجميع مافيه فالوقف صحيح كما كتب ولا يقل قوله. وإن كان الواقف أعجمياً لا يفهم العربية ولم يشهد الشهود على تفسيره فالقول قول الواقف أنى لم أعلم مافى الصك وأشهدت على مافى الصك من غير أن اعلم مافيه. وإن قال الشهود قرئ عليه الكتاب بالفارسية فأقر به واشهدنا عليه لا يقبل قوله. وهذا لا يختص بالوقف بل يتناول البيع وسائر التصرفات.

اقول: لما تليت المادة (١٣٧) من اللائحة على هيئة مجلس الشورى قال أستاذنا العلامة الشيخ حسونة النواوى رحمه الله: الواقف موجود وهو يقول أنا شرطت الشروط العشرة لكن الكاتب لم يسجلها فلما يمنع؟ وأيده فى ذلك صاحب السماحة نهيىب افندى قاضى مصر واستدل بقول فى المذهب على أن له ذلك. وقال الشيخ حسونة العبرة بما تلفظ به الواقف. فقال وكيل الحقانية أنه قد وضعت لذلك اجراءات خاصة هى أن يحضر الواقف أمام القاضى أو المأذون ويقرر أمامه ما يريد ثم يكتب ويقرأ عليه ويشهد به الشهود ثم يسجل فى السجل المصون، على أن الدعوى تسمع من الواقف بشرط أن يثبت ذلك بالبرهان ولا يكتفى بمجرد قوله، وأن الغرض من وضع هذه المادة منع

التلاعب بالأوقاف كما دللتنا على ذلك التجارب. أ.هـ ملخصاً. انظر محضر ٩ مايو سنة ١٩١٠ فأنت ترى من هذا انه لا فرق بين السجل الجديد والقديم فى الاعتماد على كل بعد أخذ كل هذه الاحتياطات. وهذا هو الذى ينبغى المصير إليه منعاً للتلاعب كما اثبتت ذلك الاستقرارات العديدة على أن باب الطعن بالتزوير مفتوح أمام من يريد.

اقول - وقد ذهبت لائحتنا الشرعية إلى أبعد من هذا فأجازت الاعتماد على حجج الوقف القديمة غير المسجلة إذا كانت الأعيان المدعاة تحت يد مدعيها (المادة ١٣٤) (٦).

والبراءات السلطانية المتعلقة بالوظائف حجة فيما دون بها لبعدها عن التزوير ولتعذر اقامة البيئة على مايكتبه السلطان من البراءات لأصحاب الوظائف ونحوهم، وكذا منشور القاضى والوالى وعامة الأوامر السلطانية مع جريان العرف والعادة بقبول ذلك بمجرد كتابته، واحتمال امكان تزويرها على السلطان لايدفع ذلك لأنه أن وقع فهو أمر نادر جداً ولا شك أنه أندر من امكان تزوير الشهود. ثم هو أولى بالقبول من دفتر السمسار ونحوه (انظر رد المحتار) وقد نقل عن شرح الأشباه للبعلى أن لشارح الدر العلامة علاء الدين رسالة حاصلها - بعد أن نقل مافى الأشباه وأن ابن الشحنة وابن وهبان جزماً بالعمل بدفتر الصراف ونحوه لعله أمن التزوير كما جزم بذلك البزازى والسرخسى وقاضىخان - أن هذه العلة فى الدفاتر السلطانية أولى كما يعرفه من شاهد أحوال أهاليها حين نقلها إلى أن قال. فلو وجد فى الدفاتر أن المكان الفلانى وقف على المدرسة الفلانية (مثلاً) يعمل به من غير بيئة. وبذلك يفتى مشايخ الإسلام وقال فى تنقيح الحامدية، ومثل البراءات السلطانية الدفاتر الخافانى المعنون بالطرة السلطانية فإنه يعمل به لعله أمن التزوير بل الأمن من التزوير مقطوع به فيها. وبذلك كله يعلم جميع أهل الدولة والكتبة. أ.هـ ملخصاً.

وجاء فى المادة (١٧٣٧) من المجلة مانصه: البراءات السلطانية وقيود الدفاتر الخاقانية لكونها آمنة من التزوير معمول بها أ.هـ (٧).

(٦) الغيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

(٧) وجاء فى شرح المجلة لحيدر أفندى مانصه أن البراءات السلطانية آمنة من التزوير لأن هذه البراءات إنما تعطى بعد صدور الارادة السنية الملوكية ثم تسجل الارادة المذكورة فى قلم الديوان الهمايونى وهذا السجل يحفظ فى امكنة حريزة. كما أنه قد وضع عقوبات شديدة على من يرتكب جريمة التزوير فيها.

أقول فتلخص مما تقدم أن المانع من العمل بالخط والاحتجاج به أحد أمرين.
(الأول) احتمال التزوير.

(الثاني) احتمال أنه كتبه للتجربة أو اللهو واللعب أو لغرض آخر كما تقدم لا ليؤخذ بما تضمنه فإذا كان الخط مرسوماً مستبيناً انتفى الاحتمال الثاني.
وكذا لو قضت العادة بأنه لا يكتب إلا جاداً كما في دفتر السمسار ونحوه وأما
الاحتمال الأول فمن الصعب جداً انتفاؤه ولأجل ذلك كان باب الطعن بالتزوير
حتى في الأوراق الرسمية مفتوحاً.

فلو وقفنا العمل بالخط لاحتمال التزوير لتعطلت مصالح الناس ولأختل نظام
التعامل بين الناس ولا سيما التجار أشد اختلال، فوجب وجوباً محتملاً رعاية مصالح
الناس واتقاء الضرر بقدر الاستطاعة. ولا سيما وقد تقدم تقدماً عظيماً فن معرفة
الخطوط ومضاهاتها وما تكتب به وطرق فحصه وتحليله إلى غير ذلك مما أصبح فناً
عظيماً يلزم للوصول إليه معرفة كثيرة وممارسات عديدة متكررة، ولكنه (ويا
للأسف) كما تقدمت الطرق التي يعرف بها التزوير في الأوراق حتى أصبح من
الممكن ولو بجهد كبير معرفة مادق وخفى من التزويرات - تقدمت أيضاً طرق
التفنن في التزوير واتقانه حتى كاد يستعصى الداء ويعز الدواء على حد قول القائل
- كلما داويت جرحاً سال جرح - ولا يزال جيش الحق والباطل يتصارعان وعوامل
الخير والشر يتنازعان ليقضى الله أمراً كان مفعولاً.

أقول أن الفقهاء رضى الله عنهم بنوا أحكام العمل بالخط على الاحتياط وراعوا
الظروف التي كانت محيطة به، ولم يفتهم أن وسعوا على الناس في مواضع
الضروريات والحاجات وقد بذلوا في ذلك ما في وسعهم، جزاهم الله خيراً.

والآن قد اتسعت دائرة العمل بالخط اضعاف ما كانت عليه من قبل كما اتسع
علم أهل الخبرة في معرفة الخطوط والفروق والموافقات بين خط وخط وما يتصل
بذلك فلا جرم اتسعت دائرة الاحتجاج بالكتابة حتى كادت تكون الدليل الوحيد من
الحجج التي تثبت بها الحقوق المدنية، ولم يخرج عنها إلا القليل عدداً والقليل أهمية.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الأوراق الرسمية حجة بما دون فيها من بيانات قام بها محررها أو شاهد حصوله من ذوى الشأن أو تلقاه عنهم فى حدود سلطته واختصاصه مالم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً. م ١١ إثبات. (١)

- المحررات الرسمية. حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره مالم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً. م ١١ إثبات. (٢)

- تزوير المحرر. إثباته. سبيله. الإدعاء بالتزوير إما بطلب عارض أو بدعوى أصلية إذا لم يكن قد تم الاحتجاج به بعد فى دعوى سابقة. (٣)

- دعوى التزوير الأصلية. وجوب اختصاص من بيده المحرر ومن يفيد منه. تخلف ذلك. أثره. عدم قبولها. (٤)

- الأصل فى الإجراءات أنها روعيت. على من يدعى مخالفتها إقامة الدليل على ذلك. جحد الثابت بورقة الحكم أو مسودته من بيانات. بطريق الطعن بالتزوير. (٥)

- محضر إعلان أوراق المحضرين من المحررات الرسمية. حجته مطلقة على مادون بها من بيانات باشرها محررها فى حدود مهمته. عدم جواز المجادلة فى صحتها مالم يطعن بتزويرها وثبوته. (٦)

(١)، (٢) الطعن رقم ٤٤٢ لسنة ٦٦ ق جلسة ٢٨/١/٢٠٠٣

(١) (الطعن رقم ٤٦ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٥/١١/٢٠٠٠)

(٢) (الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٦٢ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٩/٥/٢٠٠٠)، مجلة القضاة السنة ٣٢ العدد ١ ص ٥٠٨ قاعدة ٥٢

(الطعن رقم ٧٩٦ لسنة ٦٨ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٨/٦/١٩٩٩)، مجلة القضاة السنة ٣١ العدد ١، ٢ ص ٦٤٠ قاعدة ١٣١

(الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٦٤ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٤/٥/١٩٩٩) مجلة القضاة السنة ٣١ العدد ٢٢١ ص ٦٤٠ قاعدة ١٣٠

(٣) (الطعن رقم ٢٣١ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٤/٣/٢٠٠١)

(٤) (الطعن رقم ٢٣١ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٤/٣/٢٠٠١)

(٥) (الطعون رقم ١٧٥ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢١/٦/١٩٩٩)

، الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٦٢ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٢/٤/١٩٩٦

(٦) (الطعن رقم ٦٠ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٢/٢/١٩٩٩)

مجلة القضاة السنة ٣١ العدد ١، ٢ ص ٦٤٠ قاعدة ١٢٩

— عدم جواز الحكم بصحة الورقة أو تزويرها وفي الموضوع معاً. م ٤٤ اثبات.
علة ذلك. لا يغير من ذلك أن يكون الادعاء بتزوير المحرر حاصلاً أمام محكمة أول
درجة أو أمام محكمة ثانى درجة، ولا أن يكون القضاء من أيهما صادراً بصحته أو
برده وبطلانه، وسواء كان من الأخيرة بالتأييد أو الالغاء. علة ذلك. (٧)

— دفتر الختام ليس من الأوراق الرسمية ولا حجة له فى إثبات أن المنسوب إليه
الختم المطعون فيه هو الذى طلب إلى الختام أن يصنعه. (٨)

— الورقة العرفية حجة بما ورد فيها على صاحب التوقيع التحلل من حجيتها غير
ممکن إلا أن يثبت هو كيفية وصول إمضائه الصحيح على الورقة (٩).

— إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة — أن التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو
ببصمة الإصبع هو المصدر القانونى الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية
وفقاً لما تقضى به المادة ١٤ / ١ من قانون الإثبات . كما أن التوقيع ببصمة الختم عن
صدر منه لا ينفى توقيعه عليه ببصمة الإصبع أيضاً، إذا يكون التوقيع ببصمة الإصبع
بالإضافة إلى التوقيع ببصمة الختم تلبية لرغبة الطرف الآخر الذى يقصد التحفظ من
الطعون التى قد توجه فى المستقبل إلى بصمة الختم. (١٠)

— الرسائل الموقع عليها حجة على المرسل بصحة المدون فيها إلى أن يثبت
عكسها. خضوعها لتقدير قاضى الموضوع طالما بنى على أسباب سائغة.

الزوج فى علاقته بزوجه ليس من الغير فى صدر السرية المقررة للمكاتبات. عله
ذلك. مؤداه. لكل منهما الاحتجاج بما تتضمنه الرسالة الموقعة من الآخر بما تحمله من
دليل لصالحه فى شئون الزوجية دون البحث فى مشروعية الحصول عليها. (١١)

(٧) (الظمنان رقما ٨ ، ٣٢ لسنة ٦٢ قضائية — أحوال شخصية — جلسة ٨ / ٧ / ١٩٩٦)

(٨) (الظمن رقم ٣٣٣ سنة ٢١ ق جلسة ٢ / ٦ / ١٩٥٥ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاماً الجزء الأول ص ٢٨ قاعدة ١٠٠

(٩) (الظمن رقم ٣٨٧٣ سنة ٦٠ ق جلسة ١٠ / ٣ / ١٩٩٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص ٤٣٤

(١٠) (الظمن رقم ٤٧٢٥ لسنة ٦٧ ق — جلسة ٢٨ / ٤ / ٢٠٠٢)

(١١) (الظمن رقم ٢٠٢ لسنة ٦٢ قضائية — أحوال شخصية — جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٩٦)

مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص ٥٥٠

- الإثبات فى المواد التجارية جائز بكافة الطرق القانونية ، حتى لو إنصرف إلى إثبات ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة . (١٢)

الفصل الثانى

نبذة تاريخية اللوائح الشرعية والمجلة العدلية

رأيت الإبقاء على هذا البحث كما هو كما جاء فى الطبقات الأولى لما له من أهمية وقيمة علمية ومرجع لمن أراد الاستزادة.

(الطبعة الرابعة)

الفرع الأول

اللائحة الشرعية

ما جاء فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (١)

لم تكن لائحة سنة ٩٧ وافية بالغرض فيما يتعلق بالأدلة الخطية، وكان القضاة يتخطبون فيها ويحيدون عن السنن المستقيم وبعد أن مر الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده رحمه الله بالمحاكم الشرعية ونظر فى أعمالها وأطلع على ما فيها كتب تقريره النافع القيم وضمنه ما شاهده وما رآه من وجوه الإصلاح وكان مما قاله فيه أن الحامل لقضائنا على عدم اعتبار الأوراق الرسمية

(١) القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية وإحالة الدعاوى التى تكون منظورة أمامهم إلى المحاكم الوطنية نص فى المادة الخامسة منه «تتبع أحكام قانون المرافعات والإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المالية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والقوانين الأخرى المكملة لها»، وتضمنت المادة الثالثة عشر منه إلغاء المواد ١ - ٤ و ١١ - ١٩ و ٢٩ - ٥١ و ٥٣ - ٩٧ و ١٠٠ - ١٣٦ و ١٣٨ - ١٧٨ و ١٨٠ و ١٧٢ - ٢٧٩ و ٣٢٩ - ٢٤٢ و ٣٤٨ و ٢٥١ و ٣٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١.

هذا وقد ألغى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ كما ألغيت اللائحة الشرعية بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

إنما هو العادة التي ألفوها وظنوها شريعة وما هي منها في شيء فإنهم يغفلون النظر إلى الأوراق حتى فيما صرحت اللائحة باعتبارها فيه. وأن كل قاض يجد من نفسه أن نبأ يأتيه في ورقة رسمية من قبل معاون البوليس أوثق عنده من شهادة عشرين شاهداً مجهولين له، لكنه يظن أن طرق العلم الشرعية هي غير الطرق التي يعدها البشر طرقاً له وإلا فما قيمة الشهود في هذه الأيام بالنسبة إلى ما يثبت في الأوراق الرسمية الخالية من شبهة التزوير. قال وقد سمعت من سماحة قاضي أفندي مصر أن رجلاً جاء إلى المحكمة وهو معروف بشهادة الزور فغضب سماحة القاضي لرؤيته هناك وقد سبق له إبعاده عن المحكمة، فاحتج بأنه يحمل ورقة من ديوان الأوقاف ليوصلها إلى وكيله أمام المحكمة وأبرز الورقة فأمره القاضي بالخروج بعد تسليمها. فقام رجل آخر قائلاً كيف تخرجون شاهدي وإنما جاء الرجل ليشهد لي في دعواي فأصر سماحته على إخراجه فانطلق المدعى وهو يقول إذا لم يسمع إلا الشهود الصادقون فمن أين تأتي بشهود على ما ندعى، هذا هو الشعور العام عند الناس كافة فكيف تطرح الأوراق الرسمية خصوصاً ما صدر منها من قاض شرعي ويحتج بمفتريات هؤلاء الكذبة أهـ (٢). أقول حديث شهود الزور في المحاكم الشرعية يطول كحديث الأفاعي، وإن كثيراً من القضاة يعرف كثيراً منهم، وقد قال لي أحد أفاضل القضاة أنه أصبح لا يمكن شاهد زور من الشهادة أمامه وإذا وقع بصره على واحد منهم أمر بطرده من المحكمة في الحال وقد خافه جميعهم فجزاه الله عن العدل والحق خيراً ورحمة الله رحمة واسعة. وأنا لنرجو أن يكون كل القضاة كذلك.

ثم قال الأستاذ الإمام رحمه الله: فالذي أراه أن يصدر الأمر عاجلاً باعتبار الأوراق الرسمية الخالية من شبهة التزوير من الأدلة الشرعية بلا استثناء فإننا نعول عليها في أهم أركان ديننا كما هو معلوم بل أن حضرة القاضي نفسه لم يعتمد في العلم بوظيفة القضاء التي عهد بها إليه إلا على ورقة رسمية ولم يشهد له

(٢) وقد طبع هذا التقرير سنة ١٨٩٩ وكان له أثر نافع مبارك على المحاكم الشرعية نشلها من الحضيض إلى الذروة كما يظهر ذلك

بمقارنة ما هي عليه الآن وما كانت عليه من قبل من كل جهة حسا ومنى. فجزى الله الأستاذ الإمام - الشيخ محمد عبده - خير

الجزاء ورضى عنه وأرضاه.

شاهدان بتوليته. فما الذى سوغ له أن يجلس للقضاء قبل أن يسمع من الجنب العالى لفظ وليتك وأن يشهد له شاهدان بذلك، ولكنها عادات نفرت الناس من الشريعة وألصقت بها ما هى بريئة منه وإلا فهذه أصول الشريعة لا تزال محفوظة ظاهرة نقية لمن أراد أن يفهمها متى شاء أهـ وقد حقق الله تعالى ما طلب.

ولما أريد وضع اللائحة الجديدة للمحاكم الشرعية (القانون ٣١ سنة ١٩١٠) وكان وكيل الحقانية وقتئذ المرحوم فتحى باشا زغلول لاحظ ما اقترحه الأستاذ الإمام وقد صادف ما كانت نفسه منطوية عليه من الميل لإصلاح المحاكم الشرعية فوفى الموضوع حقه فى اللائحة الجديدة وأشار إلى هذا فى المذكرة الإيضاحية حيث قال مانصه: أفردت الأدلة الخطية بفصل على حدة اعتناء بشأنها لأنها قد تكون أقوى من الشهادة وخصوصاً فى هذا الزمان، وقد كانت مهمة عند القضاة لا يعولون عليها ولا يعتبرونها إلا مؤيدة للشهادة مع أن الشرع لا يأبى اعتبارها فى الاستدلال، وقد وضع فى لائحة سنة ٩٧ بعض أحكام تتعلق بالأدلة الخطية (المواد ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٣٣) من اللائحة المذكورة ولكنها غير كافية لعمل المحاكم فزيد فى هذا الفصل أحكام أخرى نافعة جداً فبينت الأوراق الرسمية وأحكام كل من النوعين ألخ أهـ.

ويلاحظ أنه لما تليت مواد الأدلة الخطية على هيئة مجلس الشورى لم يصادف اعتبارها من الحجب الشرعية اعتراضاً من سماحة قاضى مصر ولا من فضيلة الأستاذ الشيخ حسونة ولا من غيرهما اللهم إلا بعض مناقشات جزئية لم تمس جوهر الموضوع (راجع محضر ٩ مايو سنة ١٩١٠).

وهاك جملة القول فيما جاء فى اللائحة الشرعية الحالية مما يتعلق بالدليل الكتابى (٣)

الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان (المادة ١٣٠) وهذا موافق للمادة (١٦٠٦) من المجلة كما أسلفنا ويلاحظ أن الإقرار باللسان فى مجلس القضاء أقوى دلالة من الإقرار المكتوب الذى يحتج به المدعى على المدعى عليه، والمدعى عليه ينكره، ولذا

(٣) المواد من ١٣٠ إلى ١٣٨ هى بعينها فى لائحة سنة ١٩١٠ وسنة ١٩٣١ مع تعديل فى بعضها.

ألغيت المواد من ١٣٠ إلى ١٣٨، ١٣٦، ١٣٨ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

ألغيت اللائحة الشرعية بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

كان باب الطعن فيه مفتوحاً على ما سيأتى وعلى ما ذكرناه فيما سبق، والأوراق التى يستدل بما كتب فيها على الخصم المنكر تنقسم إلى رسمية، وغير رسمية (المادة ١٣١) وتسمى الأوراق غير الرسمية عندنا بالأوراق العرفية، وقد قدمنا أنها تسمى فى قانون المحاكمات الحقوقية العثمانى بالأوراق العادية وأن فقهاء الشريعة ما كانوا يعرفون هذا التقسيم القانونى بل تكلموا فى حجية الكتابة جملة كما أسلفنا ولاحظوا فيما نسميه نحن الآن بالأوراق الرسمية مثل ما لاحظته فقهاء القانون، ولكن اختلف التعبير، وكذا المجلة العدلية لم تعرج على هذا التقسيم وكأنهم تركوه لقانون المحاكمات على ما أسلفنا وجاء فى المادة (١٣٢) تعريف نوعى الأوراق وهالك نصها - الأوراق الرسمية هى كل ورقة تصدر من موظف فى إحدى المصالح العمومية مختص بمقتضى وظيفته (أى عمله) بإصدارها ويدخل فى ذلك وثائق الزواج والطلاق.

والأوراق غير الرسمية هى ما عدا ذلك، وقد جاء فى شرح لائحة سنة ١٩١٠ للأستاذين الفاضلين أحمد بك قمحة وعبدالفتاح بك السيد اعتراض على إيراد المادة عبارة (ويدخل فى ذلك وثائق الزواج والطلاق) إذ قالوا فى التعريف المذكور بالمادة: إنه يشمل جميع ما يصدر عليه التعبير بأوراق رسمية فيندرج فيه بطبيعة الحال وثائق الزواج والطلاق ولكن شارع اللائحة خصهما بالذكر فى آخر الفقرة الأولى، وليس لذلك مبرر سوى ما يكون قد خشيه من قيام الوهم فى بعض النفوس من أن أعمال المأذونين فى مسائل الزواج والطلاق لا تعد صادرة من المحاكم الشرعية، على أنه لا محل لهذا الوهم، إذ هى صادرة من موظف عمومى منوط بها بطريق الإنابة لهذا الغرض، وما كان هناك من داع لنص خاص فيما نرى أه بعبارته.

أقول لكن جاء فى المذكرة الإيضاحية لللائحة التى شرحناها ما نصه، أن المحاكم كانت فى حيرة وشك من جهة وثائق الزواج والطلاق، أعتبرها أوراقاً رسمية أو غير رسمية ولذا نص عليها أه.

وحجبة الأوراق الرسمية على من وقع عليها وعلى غيره منصوص عليها فى المادتين (١٣٣ و ١٣٤).

المادة ١٣٣ كل سند شرعى صادر من المحاكم الشرعية مطابق لما فى سجله مستوف شروطه الشرعية يعد حجة فيما تحرر به على من كان شاهداً عليه أو على من تلقى الحق عنه أهـ.

قال فى الشرح - والظاهر أن لفظ «سند» الوارد فى هذه المادة يشمل جميع ما تقوم به المحاكم الشرعية من التوثيقات على اختلاف أنواعها من نحو بيع ورهن وهبة ووصية ووقف وزواج وطلاق وغير ذلك.

ثم فسر الشاهد بالمتعاقد فى السند كالبائع والمشتري، وكذا إذا كان العاقد واحداً كالواقف والمراد بمن يتلقى الحق عن الشاهد خلفاؤه من نحو وارث وموصى له وموهب له وغير ذلك.

ثم لاحظ فى شرح اللائحة أن الاحتجاج على الوجه المذكور يصح أيضاً فى السند العرفى، فلم خص السند الرسمى بالذكر؟ واستظهر فى الجواب أن المقصود بذلك هو أن السند يكون حجة بنفسه بصرف النظر عن إنكار صدوره من جانب الشاهد عليه لأنه رسمى لا يطعن فيه إلا بطريق الإدعاء بالتزوير أهـ أقول يريد أن حجية الأوراق الرسمية قائمة من وقت صدورها حتى يطعن فيها بالتزوير، فإذا طعن فيها بالتزوير وظهرت صحة الطعن سقطت حجيتها، وأما الأوراق العرفية فلا تكون حجة للتمسك بها حتى تثبت صحتها فإذا ثبتت صحتها فحينئذ تكون حجة على الموقعين عليها فقط وسيأتى ما يوضحه وأقول إن النص على حجية الأوراق الرسمية فى المادة ١٣٣ لا يستلزم أن يكون حكم الأوراق العرفية مثلها أو مخالفاً لها بل هو مسكوت عنه حتى ينص الشارع على حكمه بالموافقة أو المخالفة (راجع مبحث المفاهيم فى كتب الأصول الشرعية)، وإذا لا محل لأى ملاحظة على نص تلك المادة من هذه الناحية.

المادة ١٣٤ - الأوراق الرسمية سواء أكانت سندات أم محررات تكون حجة على أى شخص كان فيما تدون بها مع مراعاة ما جاء بالمادة (١٣٧) من هذه اللائحة من القيود الخاصة بالإشهاد بالوقف، وكذا التقاسيط والسجلات التى كانت بالمديريات، والحجج غير المسجلة فى الأوقاف القديمة إذا كانت الأعيان المدعاة تحت يد مدعيها أهـ هذا هو نص المادة بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٠ وقد نقل هذا كله بنصه فى لائحة سنة ١٩٣١.

أقول لما تليت هذه المادة (قبل تعديلها) والمادة ١٣٣ على هيئة مجلس الشورى قال وكيل الحقانية ما نصه: يلاحظ أن المادة (١٣٣) نص فيها على أن السند يعد حجة فيما تحرر به على من كان شاهداً عليه أو على من تلقى الحق عنه، وأن المادة (١٣٤) ذكر فيها أن الأوراق الرسمية تكون حجة فيما تدون بها على أى شخص كان، فكأنها ناسخة للمادة (١٣٣) إلى آخر ما قال. وأقول إن التعبير بقوله ناسخة، تعبير غير جيد بل الصحيح أن يقال إن المادة (١٣٤) مغنية بعمومها عن المادة (١٣٣) كما هو ظاهر، وأقول جواباً عن هذا أن المادة (١٣٣) تعرضت لأمر خاص تشارك فيه الأوراق الرسمية الأوراق العرفية وهو كون الورقة حجة على من وقع عليها. والمادة (١٣٤) نصت على أن حجية الأوراق الرسمية متعددة إلى غير الموقعين عليها، ولا تشاركها في ذلك الأوراق العرفية، فهذا الوضع لا وجه للاعتراض عليه إذ كان ما فيه أن حكماً تكرر مرتين، مرة بالنص الصريح عليه بخصوصه، ومرة ضمن حكم عام، على أنه قد يكون مراد واضع اللائحة بقوله (أى شخص كان) غير المنصوص عليهم في المادة (١٣٣) فيكون من باب العام المخصوص بدلالة ما قبله إذا أردنا أن نتفادى التكرار.

ولا يخفى أن قول المادة «فيما تدون بها» أى مما يعتبر رسمياً وذلك مقصور على الأشياء والوقائع التى تناولها كاتب الورقة الرسمية ببصره وسمعه كحضور العاقدین أمامه فى وقت معين وصدور الإقرار منهما على الوجه المبين فى الورقة، ونقد المبلغ أمامه أو إقرار الدائن بقبضه وكون كل واحد من المتعاقدين وقع على العقد أما بالكتابة أو الختم أو بصمة الأصبع إلى غير ذلك من الأمور المدركة بالحس، وأما ما عدا ما تقدم ككون البائع مالكا أو الملك لغيره وكونه ذا أهلية تامة لمباشرة العقد أولاً، صحيحاً أو مريضاً (إذ من الأمراض ما يخفى على كاتب الوثيقة) وكون العقد صورياً أو جدياً وما إلى ذلك فهذا خارج عن الرسميات فيجوز الطعن فيه بكل الطرق القانونية ولا يكون حجة على الغير، وإلا لاضحت مصالح الناس عرضة لأشد الأخطار. إذ كان يكفى تدوين الاتفاق فى ورقة رسمية لسلب المتعاقدين المتواطئين على الكذب أموال غيرهما، ولا يقال إن باب الطعن بالتزوير مفتوح، لأن لذلك إجراءات شاقة قد يعجز عنها أكثر المظلومين فكان من العدل ألا يعتبر رسمياً إلا ما ذكر آنفاً وكفى هذا لأن المسألة من أصلها استثنائية قضت بها المصلحة مع الاحتياط الشديد كما أسلفنا: أنظر شرح اللائحة وما قدمناه وأرى من تمام الفائدة أن

أسوق هنا الأمثلة التي أوردتها في شرح اللائحة المؤلفن الفاضلان وها هي ذى:

١- مقتضى الورقة الرسمية أن زيدا وقع بنفسه على العقد بمحكمة مصر المختلطة فى الساعة العاشرة صباحاً من يوم كذا، فإذا أراد بكر القول بأن زيدا كان فى هذا الوقت فى الإسكندرية، صادمته رسمية العقد فلا يستطيع تنفيذ تلك الواقعة إلا بطريق الإدعاء بالتزوير

٢- مقتضى الورقة الرسمية أن زيدا باع عقاره لبكر فإذا أراد دائن لزيد الإدعاء بأن هذا التبائع صورى صدر اضراً به كان له أن يثبت بجميع الطرق القانونية حصول التواطؤ بين الطرفين بمعنى أنه لا يكون هناك من موجب لسلوك دعوى التزوير

٣- حرر المأذون وثيقة زواج فتكون حجة بانعقاد الزواج فى تاريخ معين، ويسرى هذا الدليل على الناس كافة، ولكنه ليس بحجة على أن الزوجة قد بلغت السن أو أنها غير مشغولة بزواج آخر، ولا على ثبوت نسبها وما أشبه ذلك مما يكون قد جاء فى الوثيقة على لسان العاقلين ولم يقع تحت سمع الموثق وبصره.

ولينظر ما تقدم ثم قال فى المادة وكذا التقاسيط والسجلات النخ.

فالمراد بالتقاسيط الاسناد التى كانت تعطىها الحكومة لمن أخذت منهم أطيائهم مقابل مبلغ يتناولونه هم وذريتهم من بعدهم إلى الأبد من خزانة المالية، يعرف بفائض الالتزام. والمراد بالسجلات الدفاتر المقيد بها صورة مما تشتمل عليه التقاسيط لتبقى لدى المالية. أما التقاسيط فتسلم إلى أربابها.

ولما كانت التقاسيط والسجلات من الأعمال الرسمية الحكومية فى العهد السابق اعتبرها واضع اللائحة حجة بنفسها فيما تدون بها من نحو تملك أعيان وتقرير مرتبات. ثم تسامح واضع اللائحة فاعتبر حجج الأوقاف القديمة غير مسجلة حجة أيضاً بنفسها بشرط أن تكون الأعيان تحت يد مدعى وقفيته. قارن هذا بما تقدم.

هذا ما يتعلق بحجيه الأوراق الرسمية وأما الأوراق العرفية فقد نص على حجيتها فى المادة (١٣٥) وهاك نصها- تكون الاوراق غير الرسمية حجة على من يكون موقعا عليها بامضاءه أو ختمه أهـ.

وذلك لأن تلك الورقة تتضمن اقرار الموقع عليها بما فيها. الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان.

ثم جاء فى المادة (١٣٦) كما نصه- اذا مات صاحب الخط أو الختم قام مقامه من ينوب عنه شرعاً فيما يشهد به السند الذى فيه خط المتوفى أو ختمه بدون اخلال بما هو مدون بالمادتين ٩٨ و ٩٩. قارن هذا بما تقدم ولأذكر هنا نص المادتين ٩٨ و ٩٩ مع شرحهما الشرح الضرورى.

(المادة ٩٨) لا تسمع عند الانكار دعوى الوصية أو الايصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الاقرار بواحد منها. وكذا الاقرار بالنسب أو الشهادة على الاقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنكية الا اذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث الا اذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر (٤).

(٤) هذا هو نص المادة فى اللائحة الشرعية الحالية، وهو بعينه نص المادة (١٠٠) من لائحة سنة ١٩١٠ الا أنه زيد عليه هذه العبارة- أو الشهادة على الإقرار به- كما زيدت ايضا على المادة (١٢٩) التى نصها - لا تقبل دعوى الإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها ولا الشهادة به الا اذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء، أو كان مكتوباً وعليه امضاء المقر أو ختمه أو وجدت كتابة تدل على صحته أهـ وقد جاء بذلك الزيادة المرسوم بقانون الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ فى مادتيه الثانية والثالثة ثم نقلت هاتان المادتان إلى اللائحة الحالية المعمول بها الآن (المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) فصارتا المادتين ٩٨ و ١٢٩ منه وجاء فى المذكرة الايضاحية بيان السبب فى هذه الزيادة وما هو ذا بنصه:

تضمنت المادة (١٠٠) من اللائحة أن لا تسمع دعوى الاقرار بالنسب بعد الوفاة الا اذا تأيدت الدعوى بالأوراق المبينة بالمادة المذكورة. وتضمنت المادة (١٢٩) من اللائحة المذكورة ان لا تسمع الدعوى بالاقرار الا بالقيود المبينة بها وجاء بالمذكرة التفسيرية لمشروع القانون أن الغرض من ذلك تقليل الدعاوى المزورة وظاهر ان هذا لا يتحقق الا اذا قيد قبول الشهادة على الإقرار بالقيود المبينة بالمادتين، لانه من السهل على المحتال أن يعدل عن دعوى الإقرار إلى الدعوى بثبوت نفس الحق وبقيم بينة على الإقرار به. فليست الصعوبة فى دعوى ثبوت الحق، وانما هى فى اثباته بغير الشهادة على الإقرار. وقد كانت هذه الحالة مثارا لشكوى كثير من أرباب القضايا فرأت الوزارة أنهم محقون فى شكواهم. ولذا اقترح التعديل المبين بالمادتين الثانية والثالثة من مشروع القانون المعدل لللائحة أهـ.

وهاك ما جاء فى المذكرة الايضاحية لللائحة سنة ١٩١٠ تعليقا على المادتين ١٠٠ و ١٠١ التى صارت ٩٩ فى اللائحة الجديدة وسنذكرها بعد.

لوحظ فى لائحة سنة ٩٧ تضييق دائرة التزوير فى دعاوى الزوجية والطلاق والوصية والايصاء والاقرار بواحد منها بعد الوفاة، لان الحوادث دلت على كثيرة التزوير فيها فقيدتها بقيود مخصصة. أنظر مادتي ٣١ و ٣٢ من لائحة سنة ٩٧ وهى وان أفادت فى تضييق هذه الدائرة ولكن لا يزال باب التزوير فى هذه الدعاوى مفتوحا. فلوحظ هذا وعدلت المادتان المذكورتان بزيادة قيود فيهما تفيد كثيراً فى تقليل التزوير، مع زيادة (عند الانكار) فيما ليوضح المراد فقد خفى على بعض القضاة فعمل باطلاق المادة ولم يقبل الدعاوى المذكورة لا عند الانكار ولا عند الاقرار مع ان الحكم الشرعى ليس كذلك. ثم زيد أيضا دعوى الرجوع عن الوصية والايصاء ودعوى العتق بعد الوفاة لهذا الغرض أنظر مادتي ١٠٠ و ١٠١ من التعديل أهـ.

أقول - اشتملت هذه المادة على اثنتى عشرة دعوى (١) الوصية (٥) (٢) الرجوع عن الوصية (٣) الايصاء (٤) الرجوع عن الايصاء (٥) العتق، ويلاحظ أن

(٥) النص فى المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها مرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أنه «لا تسمع عند الانكار دعوى الوصية أو الايصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الإقرار بواحدة منها وكذلك الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وحدى عشر الأفرنجية الا اذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وحدى عشر الأفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث الا اذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر وان كان يواجه الحالات الواردة به التى يكون الادعاء فيها بعد وفاة المنسوبة إليه الحادثة فيتوقف سماع الدعوى بها على مسوغ كتابى يختلف باختلاف الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ وتلك التالية لها، تقديرا من المشروع بان من يحلون محل المنسوبة إليه الحادثة بعد وفاته قد لا يحسنون الدفاع عن مصالحهم، الا أنه فى خصوص النسب فان المادة قصرت عدم السماع على حالتى الإقرار به من الشخص المتوفى أو الشهادة على الإقرار، فلا يستطيل إلى الدعوى بالنسب التى لا تعتمد على أى من الحالتين، ويخضع الحكم فيها للقواعد العامة المقررة فى الشريعة الاسلامية لخروجها عن ذلك القيد، فيثبت النسب فيها بالفراش حال تحقق شروطه، كما يثبت عند الانكار باقامة البيئة عليه واذا كان البين من الحكم المطعون فيه - فى الدعوى بالنسب - انه حصل من أقوال الشهود ثبوت نسب المطعون عليه لوالده المتوفى بالفراش، فانه ذلك لا ينطوى على خروج على القانون.

(الطعن رقم ٢١ سنة ٤٤ق- أحوال شخصية- جلسة ٧/٤/١٩٨٦- س ٢٧ ص ٨٩٥)

- النص فى الفقرة الاخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « فى الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وحدى عشر الأفرنجية لا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى الا اذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك، تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها يدل على وجوب أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى بما ينبئ عن صحتها، واذا كان محضر ايداع الوصية- الذى تم بالشهر العقارى أمام الموثق- قد تضمن بيان الموصى والموصى إليه وأن الموصى به بين فى الورقة المحفوظة بداخل المظروف الذى طلب الموصى ايداعه، وهى بيانات تنبئ عن صحة الدعوى، فان هذا المحضر يكون مسوغا لسماعها، واذا=

العتق من العقود غير القابلة للفسخ فلا يمكن الرجوع عنه (٦) الإقرار بالوصية (٧) الإقرار بالرجوع عن الوصية (٨) الإقرار بالإيصاء (٩) الإقرار بالرجوع عن الإيصاء (١٠) الإقرار بالعتق (١١) الإقرار بالنسب (١٢) دعوى النسب مع ارادة المدعى اثباته بشهادة الشهود على إقرار المتوفى به.

واشترطت المادة شروطاً لسماع الدعاوى الاحدى عشرة الأولى ومنعت سماع الدعوى الثانية عشرة كما هو ظاهر أما تلك الشروط فهي (أولاً) أن تكون الدعوى على منكر، فإن كان المدعى عليه مقراً باقراراه لأن الإقرار حجة على المقر. وهو كما لا يخفى حجة قاصرة على المقر وحدة (ثانياً) أن تكون الدعوى بعد وفاة الوصى أو المعتق أو المدعى النسب منه، فإن كانت فى حياته فقد سكنت المادة عن ذلك وإذا تتبع فيها القواعد العامة للإثبات (ثالثاً) اشتراط أن يكون الدليل كتابياً لكنه يختلف من حيث الزمن الذى أضيفت إليه الدعوى. فإن كان موضوع الدعوى من الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ اكتفى فى الدليل أن يكون أوراقاً خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى، وتقرير ذلك موكول إلى المحكمة. وإن كان موضوع الدعوى من الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا بد لإثبات الدعوى من أحد أمرين إما ورقة رسمية، وإما ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيع بخطه أيضاً تدل على صحة الدعوى.

المادة ٩٩:

لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ الأفرنكية سواء

= كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم جواز سماع الدعوى فانه يكون مخالفاً للقانون.

(الطعن رقم ١٥ سنة ٣٧ ق- أحوال شخصية- جلسة ٣١/١٢/٦٩- س ٢٠ ص ١٣٨٢)

(والطعن رقم ٣٦ سنة ٣٢ ق- أحوال شخصية- جلسة ٢٠/٤/٦٦- س ١٧ ص ٨٧٧)

مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٦٢ قاعدة ١٨٥١، ص ٦٦٤ قاعدة

١٨٥٥،

أكانت من أحد الزوجين أم من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها. ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين أو من غيره فى الحوادث السابقة على سنة ١٨٩٧ فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة.

ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره فى الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وأحدى عشر الأفرنكية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك.

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها، إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١.

انتهى المقصود من المادة هنا. وقد بقى منها ثلاث فقرات لا علاقة لهن بالدليل الكتابى. فضربنا الذكر عنهن صفحا.

أقول: المذكور هنا هو نص المادة (٩٩) فى اللائحة الحالية حاشيا الفقرات الثلاث الأخيرة منها. وقد كانت الأحكام المتعلقة بدعوى الزواج والطلاق بعد الوفاة هى ما احتوته المادة (١٠١) من لائحة سنة ١٩١٠ ثم عدلت هذه المادة بالمادة الثانية من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩١٣ ثم استقرت أخيرا على ما أسلفناه مع الفقرات الثلاث فى لائحة سنة ١٩٣١.

وقد قسمت المدد فيها إلى أربعة أقسام:

(الأول) ما قبل سنة ١٨٩٧ (٦) وفى الحوادث الواقعة فى تلك المدة يجوز

(٦) مصاد نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب

المحاكم الشرعية- والمقابلتين لذات الفقرتين من المادة ١٠١ من اللائحة الشرعية الصادر بها الأمر العالى الرقيم

١٨٩٧/٥/٢١ واللائحة الشرعية الصادرة بالقانون رقمى ٢٥ لسنة ١٩٠٩، ٣١ لسنة ١٩١٠- أن المشرع بالنظر

لما أثبتته الحوادث من أن الزواج كثيرا ما يدعى زورا طمعا فى المال أو رغبة فى النكاح والتشهير،=

إثبات دعوى الزوجية وكذا دعوى الإقرار بها بشهادة الشهود بشرط أن يكون الزواج مشهوراً. وفي هذا تسهيل عظيم على الناس مع أخذ الاحتياطات أيضاً. وقلما توجد دعوى بزواج فى ذلك الزمن الذى مضى عليه الآن أكثر من خمس وثمانين سنة.

(الثانى) من سنة ١٨٩٧ إلى أواخر سنة ١٩١٠ ولا بد لإثبات دعوى الزوجية أو الإقرار بها أو دعوى الطلاق أو الإقرار به من أوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحة الدعوى. وقلما توجد دعوى الآن بزواج فى ذلك الزمن الذى مضى عليه أكثر من سبعين سنة.

وتقدير قيمة هذه الأوراق فى الإثبات موكول إلى المحكمة.

(الثالث) من ابتداء من سنة ١٩١١ إلى آخر يوليو سنة ١٩٣١ وفى هذه المدة لابد لإثبات الدعوى من أحد أمرين إما أوراق رسمية، سواء أكانت وثيقة الزواج أو غيرها، وإما أوراق مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعها

= يشترط وجود مسوغ لسماع دعاوى الزوجية عند الإنكار، ولئن لم تكن ثمة لائحة تقيد سماع الدعوى بالنسبة لوقائع الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ بحيث تبقى قواعد الإثبات فيها على أصلها فى الفقه الحنفى، مما مؤداه ثبوت الزواج عند المنازعة بشهادة الشهود وبالنصاب العادى، إلا أنه إذا أقيمت الدعوى من أحد الزوجين فيكتفى فيها بشهادة الشهود بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة، أما إذا أقيمت من غيرهما بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما، فلا تسمع إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبه التزوير، ولم يورد القانون تحديدا لمساهية هذه الأوراق فيترك أمر تقديرها للقاضى.

واللائحة الشرعية الصادرة فى ١٧/٦/١٨٨٠ - بفرض أنه كان معمولاً بها عند عقد الزواج محل النزاع - تضمنت نصوصاً تشير إلى ضرورة توثيق عقود الزواج إلا أن نطاقها مقصور على كيفية التوثيق وما ينبغى على المأذونين مراعاته عند مباشرتها دون أن تضع قيوداً على سماع دعوى الزوجية تاركة أمر إثباتها لأحكام المذهب الحنفى.

(الظعن رقم ٣ سنة ٤٣ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٠/٣/١٩٧٦ - س ٢٧ ص ٦٠٢)

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٣٣ قاعدة ١٨٥٣.

بخط يده أيضا (٧).

ومن المعلوم أن الدعوى فى الحالات الثلاث المتقدمة شرطها أن تكون بعد وفاة من أدعى عليه الزواج أو الطلاق أو الإقرار باحدهما كما هو نص المادة، ولا تكون إلا مع الإنكار اذ لو كان المدعى عليه مقرا اكتفى باقراره دليلا عليه كما أسلفنا. ويتصور أن تكون هذه الدعوى من الزوجة على وارث الزوج أو وصية، أو من الزوج على وارث الزوجة أو وصيها أو من ورثة أحدهما على ورثة الآخر. وتفصيل ذلك مبين فى كتاب الدعاوى وهو أوسع مما ذكرته هنا. ومعلوم أن دعوى الزوجية بعد الموت هى دعوى ميراث.

(الرابع) من أول أغسطس سنة ١٩٣١ (٨) وهنا لا تسمع دعوى الزوجية ولا دعوى الإقرار بها لا حال حياة الزوجين جميعا ولا بعد موتهما

(٧) النهى عن سماع دعوى الزوجية بعد وفاة أحد الزوجين بالنسبة إلى الحوادث الواقعة من أول سنة ١٩١١ وحتى آخر يوليو سنة ١٩٣١ مالم تكن الزوجية ثابتة بأوراق رسمية أو بأوراق مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاءه كذلك، لا يكون وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - الا عند انكار الزوجية من صاحب الشأن.

(الطعن رقم ٦٨ سنة ٥٢ق - أحوال شخصية - جلسة ١٧/٤/١٩٨٤) لم ينشر

(٨) فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ووفقاً للفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لا تسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الاقرار بها الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية تصدر أو يصدر الاقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفته باصدارها. وطلب استخراج البطاقة العائلية لا يدخل فى هذا النطاق ولا يحمل معنى الرسمية، واذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه «والزواج مدعى قبوله سنة ١٩٥٥ فلا تسمع الدعوى به الا اذا كان ثابتاً بوثيقة زواج رسمية من موظف مختص بتوثيق عقود الزواج سواء أكانت الدعوى فى حالة حياة الزوجين أو بعد الوفاة» والاقرار الموعول عليه فى هذا الشأن «هو الاقرار الذى يحصل فى مجلس القضاء أما الاقرار الذى يحصل خارج مجلس القضاء أو فى ورقة عرفية أو أمام جهة رسمية غير مختصة بتوثيق عقد الزواج فلا يؤخذ به ولا يعول عليه» فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه.

(الطعن رقم ٢٥ سنة ٣٥ق - أحوال شخصية - جلسة ٣١/٥/٦٧ - س ١٨ ص ١١٩٣)

(الطعن رقم ٤٥، ٣٩ سنة ٤٠ ق ج - جلسة ١١/٦/١٩٧٥) =

جميعها ولا حال حياة أحدهما وبعد موت الآخر إلا إذا كان الزوج ثابتاً بوثيقة رسمية على يد مأذون أو في إحدى المحاكم الشرعية.

وهاك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للاتحة سنة ١٩٣١ بشأن الأمر الأخير. من القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص (٩) وأن لولى الأمر أن يمنع قضاة عن سماع بعض الدعاوى، وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعاً لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة الحقوق من العبث والضياع.

وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك وأقروا هذا المبدأ في أحكام كثيرة. واشتملت لائحتنا سنة ١٨٩٧ وسنة ١٩١٠ للمحاكم الشرعية على كثير من مواد التخصيص، وخاصة فيما يتعلق بدعاوى الزوجية والطلاق والإقرار بهما. وألف الناس هذه القيود الواردة بهما واطمأنوا إليها بعد أن تبين مالها من عظيم الأثر في صيانة حقوق الأسر.

= الرجعة عند الحنفية هي استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة، فهي ليست انشاء لعقد زواج بل امتداد للزوجية القائمة وتكون بالقول أو بالفعل، ولا يشترط لصحتها الاشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها، مما لا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية على نحو ما استلزمته الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لدعوى الزوجية، وذلك تحقيقاً لأغراض اجتماعية استهدفها المشرع من وضع هذا الشرط بالنسبة لعقد الزواج، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للاتحة الشرعية.

(الطنن رقم ١٨ سنة ٣٨ق- أحوال شخصية- جلسة ٣١/٥/١٩٧٢ س ٢٣ ص ١٠٥٣)
مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ص ٦٦٢ قاعدة ١٨٥٢ ،
ص ٦٦٤ قاعدة ١٨٥١، ص ٧١٢ قاعدة ٢٠١٤.

(٩) راجع مقالنا في موضوع تخصيص القضاء في مجلة كلية الحقوق سنة ١٩٢٧ ففيها القول الفصل في هذا الموضوع.

إلا أن الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج وهو أساس رابطة الأسرة لا يزال في حاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره. فقد يتفق إثنان على الزواج بدون وثيقة ثم يجحد أحدهما ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء. وقد يدعى بعض ذوى الأغراض الزوجية زورا وبهتانا أو نكاية وتشهيراً أو ابتغاء غرض آخر (١٠) اعتماداً على سهولة اثباتها بالشهود خصوصاً أن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع فى الزواج.

وقد تدعى الزوجية بورقة عرفية ان ثبتت صحتها مرة لا تثبت مرارا. وما كان لشيء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد دائماً بوثيقة رسمية كما فى عقود الرهن وحجج الأوقاف. وهى أقل منه شأنًا، وهو أعظم منها خطراً. فحملاً للناس على ذلك واطهار لشرف هذا العقد وتقديساً له عن الجحود والانكار ومنعاً لهذه المفسد العديدة وصيانة للحقوق واحتراماً لروابط الأسرة زيدت الفقرة الرابعة فى المادة (٩٩) التى نصها « ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ » وبذلك أصبحت دعاوى الزوجية أو الإقرار بها لا تسمع عند الإنكار فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ « بدون وثيقة رسمية فى حال حياة الزوجين، أو بعد الوفاة.

ووثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته باصدارها طبقاً للمادة (١٣٢) كالقاضى والمأذون فى داخل القطر وكالقنصل فى خارجه وظاهر ان هذا المنع لا تأثير له شرعاً فى دعاوى النسب

(١٠) يراجع ما نقله ابن القيم من مذهب أهل المدينة فى تقسيم الدعاوى من حيث ما يسمع منها وما لا يسمع.

بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت عليه رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة (١٠١) من اللائحة القديمة أ هـ من لائحة سنة ١٩١٠ (١١).

(١١) في هذا الموضوع بحث فقهي دقيق وأهمية عظيمة لا يتسع له هذا المكان ولتراجع محاضر مجلس الشورى في مناقشة المادة (١٠١) المذكورة هنا ففيها ما يتعلق بهذا الموضوع.

- متى كانت دعوى المطعون عليه هي دعوى ارث بسبب البنوة، وهي دعوى متميزة عند دعوى اثبات الزوجية او اثبات اى حق من الحقوق التي تكون الزوجية سببا مباشرا لها، فان اثبات البنوة الذي هو سبب الارث لا يخضع لما أورده المشرع في المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية او الاقرار بها، اذ لا تأثير لهذا المنع على دعوى النسب سواء كان النسب مقصودا لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال، فان هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر في الشريعة الاسلامية حتى ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة. واذا كان اثبات البنوة وهي سبب الارث في النزاع الراهن بالبينة جائزاً قانوناً فلم يكن على الحكم المطعون فيه ان يعرض لغير ما هو مقصود أو مطلوب بالدعوى. لما كان ذلك، وكان الحكم قد أقام قضاءه بنسب المطعون عليه للمتوفى واستحقاقه الارث فيه على البينة الشرعية التي اطمأن إليها واستخلصت المحكمة في نطاق سلطانها المطلق من هذه البينة قيام الزوجية الصحيحة بين المتوفى ووالده المطعون عليه، فان النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون يكون في غير محله

نقض ٢١ سنة ٤٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٦/٤/٧ نقض ٨ سنة ٤٤ ق «أحوال شخصية»

جلسة ١٩٧٦/١/٢١، نقض ٢ سنة ٢٨ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٦٠/٥/٥.

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ص ٦٨٤-٦٨٥ قاعدة ١٩٢٢-١٩٢٤.

- دعوى النسب لا تزال باقية على حكمها المقرر في الشريعة الاسلامية ويجوز اثباتها بالبينة.

نقض ١٤ سنة ٣٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٦٦/١٢/٨، ١١ سنة ٣٧ ق «أحوال شخصية» جلسة

١٩٧٠/١١/٢٥، ٢٩ سنة ٣٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٦٢/١٢/١٢.

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ص ٦٨٥-٦٨٦ قاعدة ١٩٢٥-

١٩٣٢،

هذا وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٤ مارس سنة ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١٨١ لسنة ١٩ قضائية دستورية بطلب الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ «حكمت المحكمة برفض الدعوى..» وجاء بأسباب الحكم

«شروط قبول الدعوى وثيقة الصلة بالحق فى رفعها وغايتها ألا تقبل الخصومة القضائية قبل أوانها، أو بعد انتهاء النزاع فى موضوعها، أو قبل استيفائها لعناصر تكفل نضجها وتماسكها واستوائها على سوقها. وكان النص المطعون فيه يشترط لسماع دعوى الزوجية - فى حالات معينة- أن يكون عقد الزواج ثابتا بوثيقة رسمية فإنه يكون قد توخى بذلك رعاية مصلحة مشروع غايتها صون حقوق الأسرة من العبث والضياع، وتنزيه هذا الميثاق الغليظ بما له من قدسية وشرف عن المفساد العديدة التى قد تلحق نتيجة الحجود والإنكار فى حالة عدم توثيقه، وبهذه المثابة فإن النص الطعين لا ينال من ولاية القضاء ولا يعزل المحاكم عن نظر منازعات معينة كما لا يصادر الحق فى اقامة الدعوى، اذا يظل هذا الحق قائما ما توافرت شرائط سماعها. وهو ما يعتبر تنظيما تشريعيا للحق فى التقاضى بما لا مخالفه فيه لنص المادة ٦٨ من الدستور».

واذ قد انتهينا من ايراد المادتين (٩٨ و ٩٩) وشرحهما وبيان ما يتعلق بهما نرجع إلى الاصل فنذكر المادة (١٣٧) وما يتعلق بها.

المادة ١٣٧ :

يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو استبداله أو الادخال أو الاخراج أو غير ذلك من الشروط التى تشترط فيه الا اذا وجد بذلك اشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله كالمبين فى المادة (٣٦٤) من

هذه اللائحة وكان مقيدا بدفتر احدى المحاكم الشرعية المصرية.
وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن مدونا بكتاب الوقف المسجل، وفى دعوى
مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر.
ولا يعتبر الاشهاد السابق الذكر حجة على الغير الا اذا كان هو أو ملخصه
مسجلا بسجل المحكمة التى بدائرتها العقار الموقوف طبقاً لأحكام المادة (٣٧٣) من
هذه اللائحة أ هـ (١٢).

وهاك نص المادتين اللتين ورد ذكرهما فى المادة (١٣٧) المذكورة آنفاً.

(١٢) مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب
المحاكم الشرعية، والمادة ٣٦٤ من هذه اللائحة قبل الغائها بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥، انه منذ
صدور هذه اللائحة - كما كان الحال فى ظل اللائحتين الشرعيتين الصادرتين فى سنة ١٨٩٧ وسنة
١٩١٠. وحتى تاريخ العمل بقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فى ١٧/٦/١٩٤٦، لم يكن الاشهاد
شرطاً لصحة التصرفات التى تندرج تحت المادة ١٣٧ سائلة الذكر ومن بينها التغيير فى الوقف، وانما كان
شرطاً لسماع الدعوى بهذه التصرفات فى حالة الانكار فقط، فاذا كان هناك اقرار من الخصم فلا محتاج
الدعوى إلى مسوغ للسماع، أما بعد العمل بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فقد جعل المشرع الاشهاد
شرطاً لصحة هذه التصرفات، وهو ما نص عليه فى المادة الأولى منه، وما أوضحته المذكرة التفسيرية
لللقانون تعليقاً على هذه المادة، ولما كان الثابت فى الدعوى أن التغيير فى الوقت المطلوب إبطاله حصل
فى ١/٩/١٩٣٨ وقبل العمل بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وانه لا نزاع بين الخصوم على صدوره من
الواقفة، فان التصرف به يكون صحيحاً متى استوفى شرائطه الفقهية دون نظر إلى وجود اشهاد رسمى به
أو ما اذا كان قد أذن لكاتب المحكمة بالانتقال إلى المكان الذى ضبط فيه، لما كان ذلك فلا محل للطعن
بالبطلان على هذا الاشهاد استناداً إلى أن كاتب المحكمة الذى أحيل إليه ضبطه قد حرره خارج مقر
المحكمة دون أن يثبت فيه أنه مأذون بالانتقال.

(الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٩ ق- أحوال شخصية- جلسة ١٦/١/١٩٧٤- س ٢٥ ص ١٦٤)

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٦٤ قاعدة ١٨٥٤.

المادة ٣٦٤:

تؤخذ الاشهادات فى المحاكم الكلية لدى الرئيس أو من يحيلها عليه من القضاء أو الكتاب أو فى المحاكم الجزئية لدى قضاتها أو من يحيلونها عليه من الكتاب. ويجوز الانتقال لأخذ الاشهاد متى كان فى دائرة المحكمة أهـ ولهذا الانتقال رسم مبین فى لائحة الرسوم فى المادة الثانية.

المادة ٣٧٣:

على المحكمة التى صدر بها الاشهاد أن تؤثر بمقتضاه على سجل العقار، وان كان مسجلاً بجهة أخرى فعليها اشعارها بذلك لاجراء ما ذكر. وعلى كل حال فعلى المحكمة التى صدر بها الاشهاد أن ترسل ملخصه إلى المحكمة الكائن بدائرتها العقار لتسجيله.

والمادة (١٣٧) المذكورة هنا فى المادة الخامسة من القانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٢٠ بنصها الا فيما يتعلق برقم المادتين ٣٤٦ و ٣٧٣ فقد كانتا فى اللائحة القديمة برقمى ٣٦٠ و ٤٧٤.

وقد جاء فى المادة العاشرة من ذلك القانون ما نصه. تبقى أحكام المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها الأمر العالى نمرة ٣١ الرقيم ٣ يوليو سنة ١٩١٠ معمولاً بها فى الاوقاف الصادرة قبل هذا التعديل.

وجاء فى المادة الحادية عشرة منه ما نصه- لا يجوز للمحاكم الشرعية بعد مضى خمسة عشر يوماً من تاريخ العمل بهذا القانون- خلاف مواعيد المسافة- أن تسجل فى سجلاتها أى اشهاد بوقف أو اقرار به الا اذا كان مستوفياً الشروط المنصوص عليها فى المادة (١٣٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بمقتضى هذا القانون أهـ.

وقد كان نص المادة قبل التعديل هو «يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو استبداله أو الإدخال أو الإخراج وغير ذلك من الشروط التي تشترط فيه إلا إذا وجد بذلك اشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعى أو مأذون من قبله. وكان مقيدا بدفتر احدى المحاكم الشرعية. وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن مدونا بكتاب الوقف المسجل، وفى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر به أهـ.

وجاء فى المذكرة الايضاحية لللائحة سنة ١٩١٠ تعليقا على المادة ١٣٧ ما نصه:
المادة (١٣٧) هى مادة (٣٠) من لائحة سنة ٩٧ بزيادة قيد (وقت الدعوى) فى الفقرة الثانية فقد يكون مدعى الاستحقاق من الموقوف عليهم بمقتضى كتاب الوقف المسجل ثم أخرجه الواقف أو من له شرط الإخراج.

فهذا من الموقوف عليهم بمقتضى ما ذكر ولكنه ليس منهم وقت دعواه الاستحقاق. فقصد من هذه الزيادة منع المحاكم من سماع هذه الدعوى أيضا تقليلا للدعوى الباطلة فى ذلك، وتضييقا لدائرة التزوير فيها أهـ.

وبمقتضى هذه المادة أصبح محظورا على المحاكم الشرعية أن تسمع عند الإنكار دعوى الوقف ولا دعوى اقرار الواقف به ولا دعوى أى شرط من شروطه كالاستبدال والإدخال والإخراج إلا بالقيود المبينة بالمادة.

واذا يجب لاثبات أى شئ مما تقدم أن يكون مستند المدعى فيه اشهادا محررا على يد حاكم شرعى، أى قاض شرعى بالقطر المصرى مختص بذلك أو على يد مأذون بذلك على ما رسم فى المادة (٣٦٤) ويلاحظ أن قيد (بالقطر المصرى) لم يرد فى النص القديم وإنما زيد فى النص الذى جاء به القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٠ وبهذا النص أصبحت الاشهادات المحررة خارج القطر المصرى بعد ذلك غير معمول بها عندنا. ويشترط أن يكون الاشهاد بأى شئ مما تقدم مقيدا بدفتر احدى المحاكم الشرعية المصرية

والمعول عليه هو مادون في المضبطة (١٣) ولا سبيل للطعن على ما ورد

(١٣) المضبطة هي الدفتر الذى يدون فيه أقوال صاحب الاشهاد، وبعد ذلك ينقل ما فى المضبطة إلى دفتر آخر يسمى بالسجل، ثم تؤخذ صورة الاشهاد من السجل بعد ذلك. والمعول عليه هو ما فى المضبطة.

وقد تكفلت المواد (٣٦٨ و ٣٧٤) بشرح ذلك وما يتصل به، وهالك نصها.

ملحوظة : الغيت المواد من ٣٦٨ إلى ٣٧٣ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

المادة ٣٦٨ :

تكتب الاشهادات بالمضابط المرقومة الصفحات والمختومة بختم رئيس المحكمة أو نائبه أو قاضى المحكمة الجزئية وختم المحكمة الموجودة بها.

المادة ٣٦٩ :

يعرض الكاتب تفصيل ما كتبه بالمضبطه من صيغة الاشهاد على من يشره من القضاء أو على من أذن بمباشرة منهم.

المادة ٣٧٠ :

بعد استيفاء كتابة الصيغة وقراءتها بضع كل من ذوى الشأن والشهود امضاء أو ختمه على المضبطة، وكذا من باشر الصيغة وكاتب الاشهاد.

المادة ٣٧١ :

تمضى جميع السندات الشرعية وصورها التى تكتب بالأوراق المتموجة وصور الأحكام بامضاء رئيس المحكمة وتختم بختمه الذاتى فى المحاكم الكلية. وفى المحاكم الجزئية تمضى وتختم من قاضيهها. وفى جميع الأحوال تمضى من الكاتب وتختم بختم المحكمة.

المادة ٣٧٢ :

عند نهاية العمل فى كل مضبطة وسجل يقدم إلى رئيس المحكمة الكلية وإلى القاضى فى المحاكم الجزئية ليكتب عليه ما يفيد نهاية العمل فيه إلى ذلك الموضوع ويضع امضاء وختمه على ما يكتب.

المادة ٣٧٣ :

تقدم نصها فيما سبق

المادة ٤٧٤ :

على المحكمة التى صدر بها الاشهاد أن تخطر وزارة الأوقاف فى الحالة التى لا يكون للعقار الصادر به حجة شرعية شاهدة بملكته أمه.

فيها الا بطريق التزوير كما لو ادعى ان الواقف شرط شرطاً لم يدونه الكاتب أو ان الكاتب دس شرطاً لم يصدر من الواقف. وعلى هذا اذ ادعى شرطاً ليس مدوناً في كتاب الوقف فلا يثبت بشهادة الشهود ولا بقول الواقف - بعد ذلك - لو كان حياً.

والسبيل إلى ذلك هو الدليل الكتابي بالقيود المبينة في المادة أو الطعن بالتزوير «أنظر ما أوردناه سابقاً» وكذلك دعوى شخص انه مستحق في الوقف ولم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى «انظر ما أوردناه من المذكرة الايضاحية للنص القديم للمادة» ولا يكون الاشهاد بالوقف حجة على الغير الا اذا كان مسجلاً ولو بطريق التلخيص في سجل المحكمة التي بدائرتها العقار الموقوف. اذ من المقرر أن العقود المتضمنة حقوقاً عينية وان كانت في ذاتها حجة على المتعاقدين أو على العاقد اذا تم به العقد وحدة كالوقف فانها لا تسرى على غيرهم الا اذا كانت مسجلة على الوجه القانوني «أنظر شرح اللائحة» وقد قدمنا نص المادة (١١) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٠ وهي تتضمن ما يشترط لتسجيل اشهادات الوقف أو الاقرار به.

هذا- وقد نصت المادة (١٢٩) على أن أى اقرار يدعى حصوله على غير مجلس القضاء لا يثبت بشهادة الشهود، كما أسلفنا وبهذا يتبين لك أن واضع اللائحة الشرعية ضيق دائرة الشهادة جداً فأخرج مما كان يثبت بها قبل ذلك أهم المواد التي تنظرها المحاكم الشرعية، ولم يتبق لها مما يثبت بالشهادة الا النزر اليسير. كما قرر ان تكون الكتابة بنوعيتها رسمية وغير رسمية حجة بنفسها بدون احتياج إلى اثبات اخر معها. اذا جاء في المادة (١٣٨) ما نصه الأوراق الرسمية والأوراق العرفية تكون كافية للحكم بدون احتياج إلى اثبات اخر معها أهـ.

وهذا النص وان كان يغنى عنه ما جاء في المادتين (١٣٤ و ١٣٥) الا انه اعتذر عن ايراده في المذكرة الايضاحية بان ايراده انما هو لدفع توهم بعض القضاة أن تلك الاوراق لا تكفى وحدها للحكم بل هى محتاجة لشيء آخر معها أهـ.

لذلك جاءت مذكرة لما فى تينك المادتين.

وقد نقل واضع اللائحة من قانون المرافعات الأهلى ما يتعلق بالطعن فى الأوراق وفيما أورده من ذلك بيان ما يجب على الطاعن فعله وكيفية تحقيق هذا الطعن وما يلزمه من الاجراءات، كل هذا بطريقة لا يأبأها الشرع. غير انه لما نقل هذه الاجراءات فى قانون سنة ١٩١٠ لم ينقل معها ما يعتبر تكملة لها وهو العقوبة المذكورة هناك فانفتح أمام المحاكم الشرعية باب التلاعب بها واتخاذها ذريعة لاطالة أمد التقاضى، حتى لا تكاد توجد قضية تقدم فيها مستندات كتابية ألا توجه عليها من الخصم طعن بالتزوير أو بانكار الختم أو الامضاء، وفيما يثبت طعن من هذه الطعون، وقد علت شكوى المحاكم والافراد من هذه الحالة. ورأت الوزارة من الحق ايجاد طريقة لتلافى موضوع الشكوى بوضع مادتين نظير المادتين الموضوعتين فى قانون المرافعات الأهلى أه أنظر المذكرة الايضاحية لللائحة سنة ١٩١٠ والمذكرة الايضاحية لتعديله بالمرسوم بقانون (٣٠ مايو سنة ١٩٢٦).

وهاك النص - تزداد مادة رقم ١٥٢ مكرر آخر (الفرع الأول فى انكار و الختم أو الامضاء): من اللائحة نصها: اذا حكم بصحة كل الورقة الواقع فيها الإنكار فيحكم على من أنكرها بغرامة أربعمائة قرش.

وتزداد مادة رقم ١٦٩ آخر (النوع الثانى فى دعوى التزوير) من اللائحة ويكون نصها ما يأتى:

من ادعى التزوير وسقط حقه فى دعواه أو عجز عن اثباته يحكم عليه بغرامة ألفى قرش. انما لا يحكم عليه بشئ اذا ثبت بعض مدعاه من التزوير أه وقد نقلت المادتان المذكورتان أنفا فى المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الأولى برقم (١٥٣) والثانية برقم (١٧١).

الطعن في الخطوط والأوراق (١)

جاء في المادة (١٣٩) أن الطعن الذي يصح توجيهه علي الخطوط والاوراق ينحصر في نوعين: (الاول) انكار الامضاء او الختم (الثاني) ادعاء التزوير في الاوراق. وجاء في المادة (١٤٠) ان انكار الختم او الامضاء انما يتوجه علي الاوراق غير الرسمية واما ادعاء التزوير فانه يتوجه علي جميع الاوراق رسمية كانت او غير رسمية. وقال في المذكرة الايضاحية مانصة: الطعن في الخطوط بنوعية لم يوضع له قانون في لائحة سنة ٩٧ ولذلك اختلفت المحاكم في كيفية تحقيقه ولم تسر علي نمط واحد وتسبب عن ذلك اضطراب وتطويل في نظر القضايا وضرر عظيم بالخصوم ولكن قد اشير اليه في لائحة سنة ٩٧ مجرد اشارة لا تغني عن وضع القواعد اللازمة ليسانه فلو حظ هذا في التعديل ووضعت الضوابط لذلك فبينت احكام النوع الاول من نوعي الطعن وذكر ما يتوجه عليه من الاوراق وما يترتب علي هذا الطعن وكيفية تحقيقه (انظر المواد ١٤٠ الي ١٥٣) (٢) ثم ذكرت احكام النوع الثاني فبين ما يجب علي الطاعن فعله وكيفية تحقيق هذا الطعن وما يلزم من الاجراءات، كل هذا بطريقة قانونية لا يأبأها (انظر المواد ١٥٤ الي ١٧١) أهـ.

اقول وسأذكر هنا ملخص هذه المواد مشروحة بما اقتبسته من كتابي الاستاذين الفاضلين عبد الحميد بك ابو هيف رحمه الله وعبد الفتاح بك السيد مع مراجعة قانون المرافعات نفسه والتعليقات القضائية. وقد اشرت الي الاول بحرف (هـ) والثاني بحرف (س).

(١) نقض ٤١ سنة ٤٩ ق- احوال شخصية- جلسة ١٢/٥/٨١ لم ينشر اذ كانت المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمالية توجب اتباع احكام قانون المرافعات في الاجراءات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص هذه المحاكم عدا الاحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية او القوانين الاخرى المكملة لها، وكانت المواد الواردة بهذه اللائحة وتنظيم اجراءات الطعن في صحة الادلة الخطية ألغيت بالمادة ١٣ من هذا القانون فيستعين الرجوع في شأن تلك الاجراءات الي القواعد المقررة في قانون الاثبات الذي حل فيها محل قانون المرافعات. لما كان ذلك وكان مؤدي نص المادة ٥٨ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وعلي ما يجري به قضاء محكمة النقض- انه لا يشترط لاستعمال المحكمة الرخصة المخولة لها في هذه المادة ان يكون فد ادعي امامها بتزوير الورقة التي قضت بتزويرها اذ ان نصها صريح في تخويلها الحق في ان تحكم برد اية ورقة وبطلانها اذا ظهر لها بجلاء من حالتها ان من ظروف الدعوي انها مزورة ولو لم يدع امامها بتزوير وفق الاجراءات المرسومة لها.

(٢) غيرت ارقام المواد تبعا لتغيرها في اللائحة، وقد الغيت بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

انكار الختم او الامضاء

اذا انكر من شهد عليه السند الامضاء او الختم او انكر ذلك من يقوم مقامه تأمر المحكمة باجراء التحقيق ويترتب علي الانكار وقف السير في الدعوي اذا لم يكن للمدعي دليل آخر لاثباتها (المادة ١٤١) وانظر المادة (٢٥٤) مرافعات. والمراد بمن يقوم مقامه الوصي او الوارث بعد موته والقيم عليه حال حياته، اذا حجر عليه لسبب ما كعته او سفه او جنون وانظر ما تقدم في المادة (١٦١١) من المجلة. ومحل تحقيق الامضاء ان ينكر الخصم انه امضي الورقة. ومحل تحقيق الخطوط ان ينكر ان كتابة الورقة صادرة عنه سواء اكان الانكار كلياً يتناول كل ما في صلب الورقة، او جزئياً يتناول بعض ما هو مكتوب فيها دون البعض الآخر (هـ) وجملة القول في ذلك انه اذا رفع شخص دعوي علي آخر يطالبه بدين (مثلاً) فانكر المدعي عليه ان الورقة صادرة عنه بأن انكر انه هو كاتبها كلها او بعضها او ساقطها او ممضيها فان القاضي لا يحكم عليه بمقتضي هذه الورقة، وفي هذه الحالة يجوز للخصم الذي يتمسك بهذه الورقة ان يطلب تحقيق الخط او الامضاء او الختم كما يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها ان تحكم بذلك توصلها الي احقاق الحق وابطال الباطل ولو لم يطلب ذلك الخصوم (هـ) وهل تلزم المحكمة قانوناً باجراء التحقيق؟ ظاهر عبارة المادتين (١٤١) لائحة و٢٥٤ مرافعات) انها ملزمة بذلك لانه جاء في كليتهما (تأمر المحكمة باجراء التحقيق) لكن قال (س) ان هذه الاجراءات لا داعي لها اذا كانت المحكمة مقتنعة من اوراق الدعوي وظروفها واقتناعاً تاماً او الورقة صحيحة او انها مزورة حتي انها ليست في حاجة الي اصدار حكم بالاحالة علي التحقيق وتعيين اهل الخبرة في الدعوي للوصول الي حقيقة الورقة أهـ. وهو كلام وجيه لان الغرض من التحقيق ان تهتدي المحكمة الي حقيقة الورقة المطعون فيها فاذا حصل لها هذا الاهتداء بدون معونة التحقيق كان التحقيق تحصيل حاصل. فتعين ان يكون امر المحكمة بالتحقيق حيث يشبهه الحال عليها لا غير، اقتصاداً في الزمن واقتصاراً بالتحقيق حيث يشبهه الحال عليها لا غير، اقتصاداً في الزمن واقتصاراً علي موضع الحاجة. وقال (هـ) ومتي تحققت صحة الورقة بالطريقة المبينة في القانون وثبت انها صادرة حقيقة (اي بحسب الادلة الظنية) عن المنكر فانها تكون حجة عليه ويحكم عليه بمقتضاها، وان

ثبت العكس لم يترتب عليها اثر ما وتعتبر كأنها لم تكن. ولكن يجب ان يلاحظ ان واضع القانون جعل للقاضي سلطة مطلقة في اجابة طلب الخصم الي تحقيق الخط او الامضاء او رفض ذلك الطلب. فاذا تراءى للقاضي من ظروف القضية ان السند صادر حقيقة ممن انكره واقتنع بذلك فله ان يرفض طلب التحقيق ويحكم بصحة السند ارتكازا علي تحقيقه بنفسه من احوال القضية ان السند صحيح وبهذا تحكم المحاكم المصرية. وهذا معقول جدا لاننا لو اجزنا تحقيق الخطوط بمجرد انكار المدين للسند لأمكن كل مدين مماتل ان ينكر السند، ولظلت المحكمة في ضيق من أمرها حتي يتحقق شيء كانت هي متأكدة من صحته بما رأته من احوال القضية.

فمحل الاذن بتحقيق الخطوط ان يقتنع القاضي بوجود التحقيق ليتأكد من صحة السند او من تلفيقه أه. ملخصا وهو ككلام (س) المتقدم ثم قال (هـ) ما خلاصته: ان المحكمة غير مقيدة بنتيجة التحقيق فلها ان تضرب بنتائجه عرض الحائط وتحكم بناء علي تقاريرها الخصوصية في كون الورقة صادرة حقيقة من الخصم اولا، لانها هي المرجع الاخير في هذه المسائل. وما اجراءات التحقيق ونتائجها الا مرشادات لها فان شاءت اتبعتها وان شاءت اهملتها أه ملخصا. وجاء في المادة (١٥٠ لائحة) ما نصه اذا قرر اهل الخبرة بعد المضاهاة اتحاد الخطين او الختمين كان للمحكمة اعتبار السند حجة علي المنكر وإن قالوا انهم مختلفان كان لها إلغاء السند وسارت الدعوى الاصلية بالطريق الشرعي، وكذلك ان لم تيسر المضاهاة. أه فلم تعتبر تقرير اهل الخبرة قاطعا لان القاعدة أن القاضي انما يستنير برأيهم فقط كما قاله (هـ) وقد كان اصل هذه المادة هكذا: اذا قرر اهل الخبرة بعد المضاهاة اتحاد الخطين او الختمين كان السند حجة علي المنكر، وان قالوا انهما مختلفان الغي السند وسارت المحكمة في الدعوة الاصلية بالطريق الشرعي الخ. فطلب وكيل الحقانية من هيئة الشوري تغييرها لتلا يكون تقرير اهل الخبرة قطعيا (انظر محضر ٩ مايو سنة ١٩١٠) لكن هذا النص المعدول عنه يوافق المادة (١٦١٠) من المجلة اذ جاء فيها ما نصه: وان لم يكن خطة وختمه معروفين يستكتب ذلك المنكر ويعرض علي اهل الخبرة، فان اخبروا بأنهما كتابة شخص واحد يجبر ذلك الشخص علي اعطاء الدين المذكور الخ ولا شك ان الاحتياط متمين في الاخذ بما جاء في المادة (١٥٠ لائحة)

فاذا ارادت المحكمة اصدار حكم بالتحقيق بينت فيه بناء علي المادة (١٤٣) ما يأتي (اولا) ندب احد قضاة الهيئة التي امرت بالتحقيق فان كان الامر صادرا من محكمة جزئية كان التحقيق امام قاضيها والتمسك بالورقة هو الذي عليه الاثبات ولخصمه النفي كما تقدم (ثانيا) تعيين خبير واحد او ثلاثة من قبل المحكمة او باتفاق الخصوم اذا كان التحقيق سيحصل بواسطة اهل الخبرة. وفي اغلب الاحيان تأمر المحكمة بالتحقيق في صحة السند بجميع الطرق القانونية فيدخل تحت ذلك تعيين اهل الخبرة وسماع شهادة الشهود من الطالب ومن المنكر وبالاقرار ايضا ان امكن وباليمين اذا طلبها الطالب (ثالثا) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما مباشرة التحقيق (رابعا) تسليم الورقة المقتضي تحقيقها في قلم كتاب المحكمة ممن هي تحت يده بعد بيان حالتها كما تقدم في المادة (١٤٢) وسيأتي تمام الكلام عليها فاذا صدر الحكم بالتحقيق وجب على طالبه أن يتوجه الى قلم كتاب المحكمة ويودع فيه اوراقه المطلوب تحضيرها ويمضيها أمام الكاتب وهذا يؤشر عليها ثم يكتب محضر الايداع وفيه يذكر كل صفات الورقة من تغيير وشطب وكشط وازافة وتحشير، وألوان الخبر المختلفة أن كانت بالاختصار كل ما يهم معرفته من أوصاف الورقة المراد تحقيقها ويمضي على المحضر مع الكاتب وصاحب التحقيق..

وجاء في المادة ١٤٢ ما نصه: يجب في هذه الحالة «اي حالة انكار الختم او الامضاء» تحرير محضر تبين فيه حالة السند واوصافه بيانا كافيا ويوقع عليه رئيس الجلسة وكاتب الجلسة والخصوم. ويجب ايضا امضاء نفس السند من رئيس الجلسة وكاتب المحكمة أهـ. «وانظر المادتين ٢٥٦ و ٢٥٧ مرافعات» فاذا تم ذلك اعلن كاتب المحكمة الخبير بالحضور امام القاضي في اليوم والساعة المحددين لمباشرة التحقيق «المادة ١٤٤» وانظر (هـ)

واذا امرت المحكمة باجراء التحقيق فلما ان يكون ذلك بواسطة اهل الخبرة او بشهادة الشهود فان كان بواسطة اهل الخبرة اعلن كاتب المحكمة الخبير بالحضور امام القاضي في اليوم والساعة المحددين لمباشرة التحقيق (المادة ١٤٤ لائحة) وانظر (هـ) و (س) ويكون التحقيق بمضاهاة الامضاء او الختم الذي حصل انكاره علي ما هو معروف للمنكر من امضاء او ختم. والاوراق التي يجوز المضاهاة عليها هي الاتية

(المادة ١٤٦ لائحة و ٢٦١ مرافعات) وانظر (هـ) و(س) (٣) (اولا) الامضاء او الختم الموضوع علي اوراق رسمية (ثانيا) امضاء الخصم او ختمه المعترف به امام القاضي المندوب للتحقيق او امام اي موظف رسمي (ثالثا) اذا طلب الخصم ولم يخضر جازت المضاهاة علي الامضاء او الختم الذي يثبت بشهادة من عاينوه بمضي او يختم علي الورقة المقدمة للمضاهاة (رابعا) امضاؤه الذي يكتبه امام القاضي، وكذا الكتابة التي يكتبها باملاء قاضي التحقيق (خامسا) الجزء الذي يعترف الخصم بصحته من الورقة المقتضي تحقيقها اذا كان فيه الفاظ امضائه أهـ ولا يصح المضاهاة علي غير هذه الاوراق.

فالمضاهاة علي ورقة ينكر الخصم صحتها غير جائزة ولو ثبتت صحة هذه الورقة بالتحقيق امام القضاء «منشور لجنة المراقبة الفضائية ثمر ٤٥٠ من مجموعة المنشورات (هـ) والاوراق التي تطلب المضاهاة عليها ان كانت غير رسمية فعلي المتمسك بالسند احضارها. وان كانت رسمية يجوز للقاضي ان يأمر باحضارها من الجهة التي تكون بها، ويجوز انتقاله مع الخبير الي محلها للاطلاع عليها بدون نقلها (انظر المادة ١٤٧ لائحة والمادة ٢٦٤ مرافعات).

وفي حالة تسلم الاوراق الرسمية لقلم كتاب المحكمة تقوم الصور التي تنسخ منها مقام الاصل متي كانت ممضاه من القاضي المندوب للتحقيق و كاتبه والمأمور او الموظف الذي سلم الاصل. ومتي اعيد الاصل الي محله ترد الصورة المأخوذة منه الي قلم كتاب المحكمة ويصير ابطالها (المادة ١٤٨ لائحة والمادة ٢٦٥ مرافعات) ويضع اهل الخبرة امضاءهم علي الاوراق المقتضي المضاهاة عليها قبل الشروع في التحقيق ويذكر لك في المحضر (المادة ١٥٩ لائحة والمادة ٢٦٨ مرافعات) وقد تقدم شرح

(٧٧) قد راعي القانون ان اوراق المضاهاة يجب ان تكون مقرونة بما يدل علي صحتها او ثابته بوجه رسمي لا يقبل الطعن البسيط (هـ) وقال (س) اوراق المضاهاة هي المحررات او اللامضاءات او الاختام التي تستعمل لمعرفة ما اذا كانت الورقة الحاصل فيها الانكار صادرة من المنكر ام لا بطريق المقارنة بين ما هو معترف به منها وبين نظيره من اوراق المضاهاة.

وتختلف الحال في اختيار اوراق المضاهاة باختلاف موقف المدعي عليه وبيان ذلك (اولا) يغيب المدعي عليه وفي هذه الحالة يقع الاختيار علي اوراق المضاهاة ويصح للمدعي اثباتها ان كانت عرفية بشهادة من عاينوا الخصم يكتبها او يوقع عليها (ثانيا) يحضر الطرفان ويتفقان علي اوراق المضاهاة وهذه الحالة ابسط الحالات (ثالثا) يحضر الطرفان ويختلفان علي اوراق المضاهاة وفي هذه الحالة يقرر القاضي ما يصح قبوله منها طبقا للقانون. وقد بين القانون الاوراق التي يصح قبولها للمضاهاة علي سبيل الحصر أهـ.

المادة (١٥٠) في اثناء شرح المادة (١٤١) فراجعها وراجع ما يتعلق بأعمال الخبرة في الفصل الخاص بهم من اللائحة (المادة ٢١١ فما بعدها الي المادة ٢٤١).

وان كان التحقيق بواسطة شهادة الشهود فان ذلك يكون امام القاضي المعين للتحقيق (المادة ٢٦٩ مرافعات ولا تسمع الشهادة الا فيما يتعلق باثبات حصول الكتابة او الامضاء او الختم علي الورقة المقتضي تحقيقها ممن نسبت اليه. اما محتويات العقد او نفس حصوله واتفاق الخصوم فهذا لا تسمع فيه البينة لان البرهان الكتابي لا ينقضه الا برهان كتابي مثله وأما الشهادة هنا فلتظهر ان كان الخط أو الامضاء أو الختم ملفقاً او هو صادر حقيقة من الشخص المنكر له، ويضع الشهود امضاءهم وعلاماتهم علي الورقة المقتضي تحقيقها ويذكر ذلك في محضر التحقيق (هـ و س) ويجب ان يلاحظ ان شهادة الشهود غير مقيدة في المحاكم الشرعية بما قيدت به في المحاكم الاهلية والمختلطة فيجوز ان يشهد هنا بما لا تجوز الشهادة به هناك. وعلي ذلك لو شهدوا بأصل الحق فانه يثبت بشهاداتهم ولا يكون حيثئذ الي الاثبات بالكتابة حاجة. غير انهم اذا شهدوا بمعاينتهم التوقيع بالختم او الامضاء كان ذلك مثبتاً للسند فلا حاجة اذن لشهادتهم بأصل الحق. وهاك نص المادة (١٥١) المتعلقة بذلك: اذا لم تيسر المضاهاة ولم يكن للمتمسك بالسند دليل آخر جاز اثبات الامضاء او الختم عند الانكار بشهادة من عاينوا الخصم في حال التوقيع علي السند بامضائه او ختمه أهـ.

وحاصل ما تقدم كله ان من ادعي عليه حق في سند فان اقر بالحق او بالسند وانه هو الكاتب له او الموقع عليه بامضائه او ختمه عومل باقراره. وان انكر وبين للمحكمة من قرائن الاحوال والمعاينة صحة السند كان لها ان تلزمه به أيضاً. وان اشتبه عليها الحال امرات بالتحقيق بواسطة اهل الخبرة او بشهادة الشهود. واذا لم ينتج شيء من ذلك فان كان طريق آخر للاثبات سلكه والا فلا تسمع دعواه لعدم الدليل علي صحتها.

وفي تحقيق الاختتام بحث وآراء فصلها ووضحها كل من (هـ و س) وهاك ملخص ما قالاه ذلك: الختم والامضاء في الاعتبار القانوني سيان، فكما يجوز انكار الامضاء يجوز انكار الختم وحكم الاثنين واحد اذا كان الانكار يتناول بصمة

الختم والتوقيع به. الا ان هناك حالة انفرد بها الختم وهي الخاصة بالاقرار ببصمة الختم وانكار نفس التوقيع، وذلك لان الختم شيء مادي منفصل عن الانسان وقد تصل اليه يد غيره فيستطيع استعماله ولا سيما اذا لوحظ جهل حامل الختم في الغالب وقد يكون فوق ذلك من البساطة بحيث يتيسر ادخال الغش عليه فمن اجل ذلك كان حالة الختم تخالف حالة التوقيع كتابة، لان الاعتراف ببصمة الختم لا يفيد الاعتراف بالتوقيع ولكن الاعتراف بالتوقيع يفيد حتما صحة التوقيع ذاته أه اقول اذا دقت النظر رأيت ان الاعتراف بالتوقيع لا يفيد حتما صحة التوقيع كما قالوا. وبيان ذلك ان الاعتراف اما ان يكون بالفعل (اي فعل التوقيع) وهذا يفيد صحة التوقيع حتما واما ان يكون بان خط هذا التوقيع ليس خطه بيده وان كان مشابها خطه مشابهة تامة كما ان بصمة هذا الختم هي عين بصمة ختمه ولكنه لم يختمه بنفسه ولم يأمر غيره بالختم فالواجب ان يسأل حين انكار التوقيع اتنكر نفس الفعل؟ اي انك وقعت بنفسك، أم تنكر الخط والتوقيع جميعا: بان تقول انا لم اوقع وهذا الخط ليس خطي ولا شبيهها به؟ وكذلك الحال في انكار الختم، يقال له اتنكر نفس الفعل؟ اي انك اخذت الختم بنفسك وختمت او امرت غيرك بذلك، ام تنكر نفس البصمة وانها ليست بصمة ختمك فان انكر نفس البصمة بان قال انها ليست بصمة ختمي كان ذلك بمثابة انكاره خط التوقيع بأنه ليس خطه. وفي كلتا الحالتين يجري التحقيق علي ما تقدم. اما اذا انكر الفعل في في الحالتين بان قال خط هذا الامضاء بشيه خطي تماما لا فرق بينما بينما لكنني لم اوقعه بيدي، وهذه البصمة هي عين بصمة ختمي لكنني لم ابشر الختم بنفسي ولم آمر احدا بذلك فحيث لا يفيد التحقيق بواسطة اهل الخبرة ولكنه يفيد بواسطة شهادة الشهود في الحالتين، غير انه اذا اقتنعت المحكمة بصحة الامضاء والتوقيع منه او عدم ذلك بما تستنبط من القرائن فلها القول الفصل في ذلك. انظر ما قدمناه عن فتح القدير في حكاية مشابهة الخط للخط وما تقدم آنفا في شرح المادة (١٥٠). غاية الامر في الفرق بينهما ان تقليد الامضاء ومحاكاة الخط ليست من السهولة بدرجة اختلاس الختم من صاحبة والتوقيع به وهو في غفلة من ذلك فان الثاني قد يحصل الف مرة ولا يتيسر حصول الاول مرة واحدة ولا سيما عند النظر

الدقيق وانظر شرح المادة ١٦٠٩ من المجلة لحيدر افندي.

وقد حكي كل من (هـ وس) ثلاثة آراء في حالة الاقرار بنفس الختم وانكار التوقيع:

الرأي الأول: ان الاقرار ببصمة الختم يعتبر قرينة علي التوقيع له ويلزم المنكر ان يثبت انه لم يكن هو الموقع به ولكن يجوز له ان يثبت ذلك بكل الوسائل دون ان يكون ملزما بسلوك سبيل دعوي التزوير.

الرأي الثاني: وهو كالاول في اعتباره كون الختم علي الورقة قرينة علي ان صاحب الختم هو الذي وقع به لكن اصحاب هذا الرأي يوجبون علي المنكر ان يطعن بالتزوير لا غير ولا يقبلون منه الانكار كأصحاب الرأي الاول، فالرأيان مشتركان في جعل عبء الاثبات علي صاحب الختم ومختلفان من حيث طريق الطعن اذ الطعن في الاول اوسع دائرة منه في الثاني.

الرأي الثالث: ان المتمسك بالورقة يجب عليه حال انكار التوقيع من صاحب الختم ان يثبت ان خصمة هو الذي وقع بختمه علي الورقة.

واحكام المحاكم موزعة علي هذه الراء الثلاثة وقد رجح (هـ) الرأي الاخير مؤيدا ما ذهب اليه بأدلة قوية، واقتفي اثره في ذلك (س) واقول ان ما ذهب اليه هو الرأي الصحيح لان التلاعب بالاختام امر ميسور جدا وفي مكنه كل مزور محتال ان يسلك طريقه في معاملة كل غر ساذج وهو السواد الاعظم في هذه الامة التي غلبت عليها الامية وسهولة الانخداع، وان حالة الامة امر تجب مراعاته حتما عند تشريع احكام لها والفصل في الخصومات بين افرادها، واني لا كاد اذهب مما شاهدته وعرفته انه لا يجوز التعويل علي بصمة الختم اصلا لولا الضرورة التي كانت قائمة فيما مضى من الزمن والان قد ارتفعت، اذ يمكن الاستعاضة عنها ببصمة الاصبع اذ قد ثبت انه لا تشابه بين بصمات الاصابع مطلقا (انظر الاصلين، وانظر مبحث بصمات الاصابع في كتاب التحقيق الجنائي العملي للاستاذ الفاضل محمد بك شعير) (٤).

دعوي التزوير:

التزوير هو مغايرة الورقة للحقيقة بان تكون كلها مختلفة بواسطة تقليد لكتابة

(٤) وقد تقدم الكلام في المادة (١٥٣)

الغير او امضائه او ختمه، او تكون الورقة صحيحة في اصلها ثم احدث فيها محو
واضافة، او يكون المدون بها خلاف الواقع كما لو ذكر في شهادة ميلاد اسم لابي
الطفل يخالف اسمه الحقيقي، وكما لو تسمي شخص باسم آخر في عقد رسمي او
غير رسمي، او كتوقيع شخص علي عقد بيع (مثلا) في حين ان التعاقد انما هو علي
عقد ايجار وهكذا (انظر س) ودعوي التزوير مسموعة في جميع الاوراق عرفية
كانت او رسمية كما تقدم، وهاك تفصيل القول في ذلك:

الطعن بالتزوير في الاوراق العرفية:

تحتة حالتان (الاولي) قبل الطعن في الاوراق بالانكار (الثانية) بعد الطعن
بالانكار. ففي الحالة الاولى للشخص المنكر للورقة المقدمة من خصمه لتكون حجة
عليه في الدعوي ان يسلك احد طريقين: اما الطعن بالانكار، وفي هذه الحالة يكون
علي خصمه المتمسك بالورقة المطعون فيها اقامة البرهان علي صحتها كما تقدم. واما
الطعن بالتزوير اذا كان واثقا من صحة ادعائه ولدية ما يكفل له النجاح. وعليه في
هذه الحالة اقامة البينة علي التزوير (س). واما بعد الانكار وتحقيق الخط وفصل
القضاء فقليل لا تسمع دعوي الطعن بالتزوير احتراما للقضاء ولان الاجراءات التي
تتبع في حالة الطعن بالتزوير لا تختلف عن الاجراءات المتبعة في تحقيق الخطوط
وقيل تسمع الدعوي لقللة الثقة بأعمال الخبراء باستنتاجاتهم ولان مدعي التزوير لم
يكن الا مدعي عليه في تحقيق الخطوط ولم يخسر الدعوي خسرانا حقيقيا لان موقفه
كان موقف انكار محض ولان هناك خطرا كبيرا من انتصار مزور افلح في تحقيق
الخطوط باقناع المحكمة بصحة الورقة بعكس ما لو وجهت عليه دعوي التزوير فانها
قد تسوقه الي محكمة الجنايات. وقد اختلف الترجيح (انظر ه و س).

الطعن بالتزوير في الاوراق الرسمية:

ينقسم الطعن بالتزوير في الاوراق الرسمية الي قسمين: (الاول) الطعن فيما
يعتبر رسميا منها وهو ما اجراه الموظف المحرر لها نفسه او رآه او سمعه. والاصل فيه
ان يعتبر صحيحا حتي يثبت عدم صحته ولا يكون ذلك الا بالطعن بالتزوير - اذ
المصلحة قاضية باحاطة الاعمال الرسمية بسياج من الثقة والاحترام. (الثاني) الطعن

فيما لا يعتبر رسميا منها وهو مادونه الموظف بها علي علالة كما قيل له فانه لا يضمن صحته، وهذا القسم يجوز اثبات ما يخالفه بجميع الطرق القانونية بدون حاجة للطعن بالتزوير (انظر س وما قدمناه عن شرح القانون المدني واللائحة الشرعية مما يتعلق بذلك).

السير في دعوي التزوير:

قال (س) السير في دعوي التزوير من البدء الي النهاية ينقسم الي ثلاثة ادوار:

الدور الاول: قبول الطعن بالتزوير الدور الثاني: تحقيق ادلة التزوير الدور الثالث:

الحكم في التزوير وفي الموضوع.

الدور الاول- قبول الطعن بالتزوير:

تقرير الطعن بالتزوير: جاء في (المادة ١٥٤ لائحة) ما نصه: اذا طعن من يشهد عليه السند بالتزوير فيه قدم تقريراً بذلك لقلم كتاب المحكمة. وجاء في المادة (٢٧٣) مرافعات) ان التقرير يحضر في قلم كتاب المحكمة. قال (س) والحكمة في عمل التقرير في قلم كتاب المحكمة هي حمل الطاعن علي زيادة التروي في الامر ولكي يتمكن قلم الكتاب من وصف الورقة واجراء اللازم للمحافظة عليها. وزادت المادة (٢٧٣) انه يرسل صورة من التقرير فوراً بمعرفة الكتاب لقلم النائب العمومي بالمحكمة وذلك لتستطيع النيابة السير في تحقيق التزوير ورفع الدعوي العمومية اذا تراءى لها ذلك. واما اللائحة فقد جاء في المادة (١٧٠) منها ما نصه اذا ثبت تزوير سند من السندات ارسلته المحكمة مع صور المحاضر المختصة به الي قلم النائب العمومي الكائن بدائرة المحكمة أهـ وعليه فالدعوي العمومية بالنسبة لدعوي التزوير في المحاكم الشرعية لا ترفع بواسطة النيابة الا بعد ثبوت تزوير السند في المحكمة الشرعية بخلاف الدعوي العمومية بالنسبة للقضايا المدنية التي فيها طعن بالتزوير فانه يجوز رفعها قبل الدعوي المدنية وتوقف الدعوي المدنية حينئذ.

ونصت المادة (١٥٥) علي انه يترتب علي الطعن بتزوير الورقة ان يقف السير في الدعوي اذا لم يكن للمدعي دليل آخر لاثباتها (انظر هـ و س والمادة ٢٧٨ مرافعات) وقال (هـ) ان اول واجب علي مدعي التزوير هو ان يقرر تزوير الورقة ومتي قرر ذلك فقد اعتبر رافعا لدعوي التزوير أهـ.

(ايداع الورقة) جاء في المادة (١٥٦) ما نصه: علي المدعي ان يسلم الي قلم كتاب المحكمة السند المدعي تزويره اذا كان تحت يده والمادة (١٥٧) اذا كان السند تحت يد الخصم المدعي عليه بالتزوير يجب علي رئيس المحكمة في حالة اطلاعه علي تقرير المدعي بالتزوير ان يعين بناء علي طلب المدعي من يتسلم هذا السند او يضبطه ويودعه في قلم الكتاب والمادة (١٥٨) اذا امتنع من تحت يده السند المذكور من تسليمه ولم يمكن ضبطه يستبعد من ادله الدعوي. والمادة (١٥٩) تبين حالة السند علي الوجه السابق في المادة (١٤١) وهذه المواد الاربع ظاهرة واضحة وهي تقابل المواد (٢٧٤ و ٢٧٦ و ٢٧٧ و ٢٨٦ مرافعات) مع تفاوت يسير غير جوهري وقد نصت المادة (٢٧٥ مرافعات) علي انه اذا كانت الورقة تحت يد المحكمة او كاتبها فيصير ايداعها في قلم كتاب المحكمة بمعرفة كاتبها إهـ. وانظر (هـ وس) وقد جاء في المادة (٢٨٨) مرافعات ما نصه: في حالة ايداع الاصل للورقة المذكورة في قلم كتاب المحكمة يؤذن منها لكاتبها عند الاقتضاء بان يعطي الصور التي تطلب من الاصل المذكور لمن يكون له الحق في اخذها ممن عدا الخصمين أهـ. وقد خلت اللائحة من هذا النص.

اعلان ادلة التزوير:

يجب علي مدعي التزوير ان يعلن المدعي عليه في ظرف ثمانية ايام من تاريخ تقديم التقرير بأدلته علي ذلك مع تكليفه بالحضور امام الجلسة للمناقشة في تلك الادلة. (المادة ١٦٠ لائحة) ولكن المادة (٢٧٩ مرافعات) قيدت تكليف المدعي عليه بالحضور بميعاد ثلاثة ايام واهملت ذلك القيد المادة ١٦٠ لائحة المأخوذة منها. فاذا مضى الميعاد المذكور ولم يفعل مدعي التزوير ذلك ولم يبد عذرا مقبولا تقرر المحكمة سقوط دعوي التزوير (المادة ١٦١ وانظر المادة ٢٨٠ مرافعات) وقد اراد واضع القانون الا يتخذ الناس طريق الطعن بالتزوير سبب للمعاكسة والتسويق فنص علي انه اذا مضى ميعاد الثمانية الايام ولم يفعل المدعي ذلك جاز الحكم بسقوط دعوى التزوير كما هو نص المادة (٢٨٠) انظر (س وهـ) واما اللائحة فانها لم تعبر بالجواز فتجعل الرأي للمحكمة في الحكم بسقوط دعوي التزوير بل قالت تقرر المحكمة بسقوط دعوي التزوير وظاهر هذا النص انها لاخيار لها في الحكم بل

هي ملزمة به.

ولما كان الغرض من دعوي التزوير هو استبعاد الورقة المزورة فقد تراءى لواقع القانون ان اجراءات التزوير يجب ان تقف اذا قرر المدعي عليه في مادة التزوير بانه غير متمسك بالورقة المدعي تزويرها وبهذا جاء نص المادة (١٦٢) لائحة (وانظر ٥٠هـ٠ والمادة ٢٨١ مرافعات)

النظر في قبول ادلة التزوير:

قال (س) في الجلسة المحددة للنظر في ادلة التزوير. تفحص المحكمة هذه الادلة وتناقش فيها الطرفين ولا تقبل منها الا ما يكون متعلقا بدعوي التزوير وجائزه القبول بالنظر لاثباتها أهـ. وبهذا جاء نص المادة (١٦٣) وهو لا تقبل المحكمة من الادلة في دعوي التزوير الا ما كان متعلقا بها وجائزه القبول شرعا. وانظر المادة (٢٨٢) مرافعات. فاذا ظهر للمحكمة في الجلسة تزوير السند قررت في الحال الغاءه وسارت في الدعوي الاصلية بالطريق الشرعي والا امرت بالتحقيق ١٠ المادة ١٦٤ وانظر المادة ٢٨٣ مرافعات وانظر (س).

الدور الثاني - تحقيق ادلة التزوير:

اذا رأت المحكمة ان دعوي التزوير في حاجة الي فحص وتدقيق امرت باجراء ما يكشف الحقيقة اما بمعرفة اهل الخبرة او بشهادة الشهود او بالطريقتين معا (انظر س والمادة ٢٨٤ مرافعات و هـ) ويشتمل امر التحقيق علي بيان الادلة التي قبلتها المحكمة وتعيين القاضي الذي يكون التحقيق بمباشرته واليوم والساعة اللذين يكون فيهما البدء في التحقيق والتصريح للقاضي المندوب بتعيين خبير او اكثر عند الحاجة (المادة ١٦٥) واذا اقتضي التحقيق مضاهاة الخطوط او الاختتام وجب ان تراعي القواعد المقررة لذلك في اللائحة (المادة ١٦٦) ويكون التحقيق بحضور الخصوم او وكلائهم او في غيبتهم بعد اعلانهم بالحضور (المادة ١٦٧ وانظر هـ وس) بالجملة فانه يراعي في اثبات التزوير القواعد المقررة بشأن تحقيق الخطوط (هـ) - وكذا الشأن في تحقيق الاختتام. قال (هـ) بعد ان حكى رأيين فندهما في تزوير الاختتام ما نصه: اما الرأي الحق فهو انه في حالة انكار التوقيع يجب اثبات التوقيع وفي اثبات دعوي التزوير

يلزم اثبات او التوقيع لم يحصل من صاحب الختم ان ان الختم مزور أهـ.
الدور الثالث - الحكم في التزوير وفي الموضوع:

متي تم التحقيق تحال جميع الاوراق علي المحكمة في جلسة يحددها القاضي ويخبر بها كاتب المحكمة الخصور ان لم يكونوا حاضرين وقت الامر بالاحالة (١٦٨) وقال (س): عند انتهاء التحقيق في مادة التزوير يكلف الخصم الذي يطلب التعجيل حضور الاخر امام المحكمة ببيعاد ثلاثة ايام كاملة للمرافعة في دعوي التزوير ثم الحكم فيها وفي موضوع الدعوي بعد ذلك بدون اعلان جديد والحكم الذي يصدر من المحكمة في دعوي التزوير اما ان يكون ببطان الورقة لكونها مزورة وعلي ذلك لا يعول عليها عند الفصل في موضوع الدعوي او يكون التزوير غير ثابت فتعتبر المحكمة الورقة صحيحة وتقضي في الدعوي علي هذا الاعتبار إهـ.

حكم المحكمة بالرد والبطالان من تلقاء نفسها:

يجوز للمحكمة ان تقرر رد او بطلان اي سند يتحقق لها انه مزور ولو لم تقدم لها دعوي بتزويره بشرط ان تبين ادلة ذلك في القرار (المادة ١٦٩ والمادة ٢٩٢ مرافعات وانظر هـ وس) هذا وبمراجعة قانون المرافعات يري ان مواد اللائحة مقتبسة منه مع بعض اختلاف يسير في الاجراءات كما تقدم. وقد نصت المادة (٢٩١) مرافعات علي ان من ادعي التزوير وسقط حقه في دعواه او عجز عن اثباته يحكم عليه بغرامة الف قرش ديواني انما لا يحكم عليه بشيء اذا ثبت بعض ما ادعاه من التزوير أهـ والمادة (٢٧٢) علي انه: اذا حكم بصحة كل الورقة الواقع الانكار فيها فيحكم علي كل من انكرها بغرامة اربعمائة قرش ديواني أهـ وأما اذا ثبت التزوير فيكون من حق النيابة العمومية رفع دعواه في محكمة الجنايات انظر المادة (٢٧٢) وتعليقات جلال عليها وما فيها من المباديء الحسنة.

(تمة) قد لاحظ (هـ) ان القانون قد نظم نوعين من الاجراءات في مسائل الاثبات بالكتابة. نوعا قاصرا علي الاوراق العرفية ونوعا يشمل الاوراق الرسمية والاوراق العرفية جميعا. ففي تحقيق الخطوط يكون عبء الاثبات علي المتمسك بالورقة وهو الذي يباشر اجراءات التحقيق، وفي دعوي التزوير يكون الاثبات علي من نسبت اليه الورقة رسمية كانت او عرفية فهو الذي يباشر اجراءات دعوي

التزوير. ومن هذه المقارنة يظهر ان هناك طريقتين للطعن في الاوراق العرفية: (الاولي) مجرد الانكار الذي يوجب الاثبات علي المتمسك بالورقة. و(الثانية) الطعن بالتزوير في الورقة ممن ينكرها. وقد نقل واضع القانون المصري هاتين الطريقتين عن القانون الفرنسي. اما بعض القوانين المدينة كالقانون الالماني فقد تجاوز عن التفرقة بين اثبات صحة الاوراق وتزويرها واتخذ طريقة واحدة لهذا الاثبات تختلف فقط في شخص من يباشرها بحسب صفة الورقة المستند عليها فاذا كانت رسمية او مصدقاً علي التوقيع فيها فاثبات عدم صحتها علي من تنسب اليه واذا كانت عرفية فاثبات صدورها ممن هي منسوبة اليه واجب علي المتمسك بها اذا انكرها من نسبت اليه إه وتماه فيه.

أقول- في صورة الانكار يكون المتمسك بالورقة مدعياً فلا جرم كان عليه عبء الاثبات لان خصمة منكر، واما في حالة دعوي التزوير فان عبء الاثبات يكون علي مدعيه لانه يدعي فعلاً صدر من غيره مضراً به وهو مخالف للواقع، فوضح الفرق.

ملحوظة:

رأيت الابقاء- تميماً للفائدة- علي هذا البحث في موضعه من الكتاب كما جاء بالطبعة الثانية سنة ١٩٤٠.

والمواد المشار اليها فيه هي مواد اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون ٧٨ سنة ١٩٣١ التي الغيت بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ومواد قانون المرافعات الاسبق المعمول به في ذلك الوقت، والذي ألغي باصدار قانون المرافعات السابق رقم ٧٧ سنة ١٩٤٩، الذي حل محله قانون المرافعات الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وقانون الاثبات رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨ والواجب اتباع احكامها في هذا الخصوص اعمالاً للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ واضيف بالهوامش بعض احكام محكمة النقض المتعلقة بالموضوع.

الطبعة الرابعة

الفرع الثاني

المجلة العدلية وقانون المحاكمات الحقوقية (١)

جاءت المجلة العدلية في بلاد الدولة العلية العثمانية منظمة لقواعد الاثبات بالكتابة وبين قانون المحاكمات الحقوقية طرق الاجراءات مع بعض قواعد اخري مشابهة لما في القانون المدني المصري في باب الاثبات ولم تذكر تلك القواعد في المجلة لانها لا تتمشي مع مذهب ابي حنيفة- الذي هو المذهب الرسمي للدولة العثمانية- الا يضرب من التعسف ولذا قصر الامر فيها علي المحاكم النظامية وهاك جملة القول في ذلك وقد تقدم بعض موادها فيما مضى لكنها هنا قد جمعت معا:

أولاً- ما يتعلق بالاقرار:

الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان (المادة ١٦٠٦) وجاء في المادة (٦٩) ان الكتاب كالخطاب واذا امر احد غيره انه يكتب اقراره كان هذا قائما مقام اقراره الذي يكتبه بنفسه (المادة ١٦٠٧) وما في دفاتر التجار المعتمد بها فما يكون علي التاجر لغيره هو من قبيل الاقرار بالكتابة ايضا ولو لم يكن مرسوما وقد تقدم تعليل ذلك (المادة ١٦٠٨) واذا كتب احد سنداً او استكتب واعطاه دائنه وعليه توقيعه او ختمه كان معتبرا ومرعيا كتقريره الشفوي لانه اقرار بالكتابة ان كان مرسوما اي موافقا للرسم والعادة في كتابه السندات ومن ذلك الوثائق التي تفيد قبض ذي الدين دينه وهي المسماة في العرف بالوصوف والوصلات، والوصل (المادة ١٦٠٩).

(١) المجلة العدلية هي القانون المدني للدولة العلية العثمانية قد ضم اليه مسائل الدعوي واحكامها وقواعد الاثبات وما يتعلق بالقضاء.

وهي تحتوي ستة عشر كتابا صدرت الارادة السلطانية السنية بالعمل بالكتاب الاول منها في ٢ ذي الحجة سنة ١٢٨٦ الموافق ٥ مارس سنة ١٨٧٠م وانتهي الكتاب السادس عشر منها وصدرت الارادة بالعمل به في ٢٦ شعبان سنة ١٢٩٣ هـ الموافق ٢٦ سبتمبر سنة ١٨٧٦ لـ ثم صدرت ارادة سنية بالتعليمات المنظمة للسندات الشرعية التي يعمل بها ويحكم بمضمونها بدون بينة في ٤ جمادي الاولى سنة ١٢٩٦ هـ الموافق ٢٦ ابريل سنة ١٨٧٩ م . واما قانون المحاكمات الحقوقية فهو قانون المرافعات المدني والتجاري وقد نشر للعمل به بعد صدور الارادة السنية في ٢ رجب سنة ١٢٩٦ هـ الموافق ٢٢ يونية سنة ١٨٧٩،

وانه اذا انكر الدين من كتب سنداً او استكتبه واعطاه الدائن موقعا عليه بامضائه او مختوما بختمه فلا يعتبر انكاره ان كان خطه او ختمه مشهورا ومعروفا بل يعمل بهذا السند وان لم يكن خطه وختمه معروفين يستكتب ويعرض ما يكتبه علي اهل الخبرة فان اخبروا بانهما كتابة شخص واحد فانه يجبر علي اعطاء الدين المحرر به السند (٢) والحاصل انه يعمل بالسند ان كان بريئا من شائبة التزوير والا فانه يحلف بطلب المدعي علي ان السند ليس له وانه ليس بمدين للمدعي (المادة ١٦١٠).

واذا مات من عليه الدين وكان بيد دائنة سند الدين محررا علي ما تقدم فان كان الورثة مقرين بالدين الزموا بوفائه من التركة وان كانوا منكوبين فلا يعمل بذلك السند الا اذا كان خطه أو ختمه معروفين (المادة ١٦١١) (٣) والشهرة تكون بالاستفاضة وهل يقارن السند الذي انكر الورثة صدوره من مورثهم بما يوجد من كتاباته الاخرى كما يقارن بذلك حال حياته، لم تنص المادة علي ذلك والظاهر انه لا فرق وهذا مما يقتضيه العدل. واخيرا جاء في المادة (١٦١٢) انه اذا ظهر كيس مملوء بالنقود في تركة شخص مكتوب عليه بخط الميت ان هذا الكيس مال فلان وهو عندي امانه، يأخذ ذلك الرجل من التركة ولا يحتاج الي الاثبات بوجه آخر أهـ.

(٢) قارن هذا بما جاء في المادة (١٥٠) من اللائحة الشرعية وسيأتي الكلام فيها في موضعه.

وفي تبصرة الحكام قال مالك فيمن اوصي ان تقبض ديونه وان يقضي ما عليه فوجد صك باربعة عشر دينارا وفي اسفله بخط الميت- قبضت منها ثمانية دنائير مما في بطن هذا الكتاب- هل يحلف المطلوب ويبرأ من الثمانية؟ قال يبرأ منها بلا يمين ويؤخذ منه ما بقي. وفيها ايضا اذا ادعي رجل علي رجل بمال فجحده فاخرج المدعي صحيفة مكتوبا فيها خط المدعي عليه واقراه بما ادعي عليه وزعم المدعي انه بخط المدعي عليه ذلك وليس بينها بينة فطلب المدعي أن يجبر المدعي عليه علي ان يكتب بحضرة العدول ويقابل ما كتبه بما اظهره المدعي فافتي ابو الحسن اللخمي بأنه يجبر علي ذلك وعلي ان يطول فيما يكتب تطويلا لا يمكن معه ان يستعمل خطأ غير خطه. وافتي عبد الحميد الصائغ بأن ذلك لا يلزمه، اذ لا يلزمه احضا ريبه تشهد عليه وفرق اللخمي بينهما بان المدعي عليه يقطع بتكذيب البينة التي تشهد عليه فلا يلزمه ان يسعى في امر يقطع ببطلانه.

واما خطه فانه صادر عنه باقراره، والعدول يقابلون ما يكتبه الان بما احضره المدعي ويشهدون بموافقه او مخالفته. ورجع اكثر المشايخ ما أفتي به اللخمي أهـ.

وفيها ايضا نقلا عن الطرر- من شهد له شاهدان علي خط غريمه بما ادعاه عليه وهو جاحد انه لا يحكم له الشهادة علي خطه حتي يحلف معها فاذا حلف انه الحق وما اقتضيت منه شيئا مما كتب بخطه. اعطي حقه. فان كان طالب الحق ميتا حلف ورثته علي البت ايضا انه الحق وما علمناه اقتضي منها شيئا أهـ وله تتمه فراجعها في التبصرة ان شئت.

(٣) وهذا صريح مذهب الامام احمد كما رواه ابن القيم.

ثانيا- ما يتعلق بالخط علي وجه العموم:

جاء في المادة (١٧٣٦) ما نصه لا يعمل بالخط والختم فقط ولكن اذا كان سالما من التزوير والتصنع يكون معمولا به يعني يكون مدارا للحكم ولا يحتاج الي الثبوت بوجه آخر. وفي المادة (١٧٣٧) ان البراءات السلطانية وقيود الدفاتر الخاقانية لكونها في مأمن من التزوير معمول بها. وفي المادة (١٧٣٨) يعمل بسجلات المحاكم اذا كانت قد ضبطت سالمة من الفساد والحيلة علي الوجه الذي يذكر في باب القضاء. وفي المادة (١٧٣٩) لا يعمل بالوقفية فقط ولكن اذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه تكون معمول بها علي ذلك الحال.

أقول قارن هذا بما في المادة (١٣٤) من اللائحة الشرعية ويحسن أن تراجع وشرح المجلة ولا سيما شرح علي افندي حيدر المطول وشح سليم افندي.

وقد جاء في قانون المحاكمات الحقوقية من المواد ما يتم به ما جاءت به المجلة وينظم اجراءته بما في ذلك من بيان الاوراق الرسمية وقوتها والاوراق العادية (اي العرفية) ومتي تكون حجة وطرق الطعن في الاوراق وهو نظير ما جاء في قواعد الاثبات في القانون المدني المصري وما جاء في قانون المرافعات الاهلي مما يتعلق بالاثبات بالكتابة وطرق الطعن في الوراق وكل ذلك متفق في الجوهر، مع اختلاف في بعض المسائل الجزئية- انظر المواد ٧٢ وما بعدها الي المادة ٧٨) والمواد (٨٠ و ٨١) منه

ملحوظة:

رأيت الابقاء- تميما للفائدة- علي هذا البحث في موضعه من الكتاب كما جاء بالطبعة الثانية سنة ١٩٤٠.

الفصل الثالث

القوانين المصرية

الفرع الأول

القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

رأيت جمع أبحاث القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية إلى ما بعد الكلام عن الشهادة.
وسياتى إن شاء الله في الفرع الثانى من الفصل الرابع عشر من الباب الثانى.

الفرع الثاني

نبذة سريعة مختصرة عن القوانين

جاء في شرح القانون ما ملخصه الأدلة الخطية هي البراهين التي تكون ثابتة بالكتابة ويقال لها سندات أو صكوك متى كانت محررة فتكون برهانا على الحق.

والمحركات نوعان: رسمية وغير رسمية.

فالمحرر الرسمي هو الورقة الصادرة من موظف أميري مختص بإصدارها بالأوضاع المقررة لها، وتنقسم المحركات الرسمية إلى أربعة أقسام: (القسم الأول) يشمل الأوراق العمومية أو السياسية وهي التي تصدر من الحكومة باعتبارها قوة تشريعية أو تنفيذية أو سياسية كالقوانين والمعاهدات الدولية والأوامر العالية والقرارات العمومية. والتزوير الواقع في هذا القسم يكاد يكون متعذرا لندرته بل لعدم حدوثه بالمرّة خصوصاً عندنا (القسم الثاني) يشمل الأوراق الإدارية وهي الصادرة من المصالح العمومية وفروعها وسائر موظفيها بصفاتهم الرسمية. ويدخل في ذلك قرارات النظارات (الوزارات) والمديريات والدفاتر الخاصة بكل مصلحة وأوراق الولادة والوفاة ودفاتر تسجيل الرهون ودفاتر الدخوليات وشروط المزادات وتصميمات نظارة الأشغال وحوالات البوستة ودفاترها والأرقام التي تضعها على الطرود لبيان وزنها وقيمة الرسم المأخوذ عليها والشهادات الدراسية على اختلاف أنواعها وتذاكر البدل العسكري ودفاتر السجون ودفاتر الحسابات العمومية. (القسم الثالث) الأوامر القضائية سواء كانت محررة بمن لهم حق جمع الاستدلالات والتحقيق وإقامة الدعوى أو من عمال المحاكم ككتابة كانوا أو محضرين وتقارير أهل الخبرة

المصرح لهم بسماع أقوال الأخصام. (القسم الرابع) يشمل الأوراق المدنية الصادرة من أولى الشأن على يد مأمور بتحريرها كالعقود الرسمية والاندازات على يد المحضرين ويشترط فى هذه الأوراق ثلاثة شروط: (الأول) أن يكون محررها موظفا أميريا. (الثانى) أن يكون تحريرها من أعمال وظيفته. (الثالث) أن تستوفى الشروط المقررة لتحريرها. فالموظف الأميرى هو كل شخص خولته الحكومة جزءا من سلطتها العمومية سواء كان له نظير ذلك أجر أم لا. ولأجل التمييز بين عمال الحكومة تنوعت أسماؤهم ومأذونو الأنكحة فى القرى موظفون أميريون فيما عهد إليهم توثيقه من عقود الزواج والطلاق وتلك العقود أوراق رسمية. (١) ومعنى اختصاص الموظف باصدار المحرر أنه من متعلقات وظيفته فان لم يكن منها لا يعتبر ما حرره ورقة رسمية. كما لو حرر أحد المحضرين عقد زواج أو أعلن المأذون لأحد الخصوم ورقة تكليف بالحضور.

المحررات غير الرسمية: الأوراق غير الرسمية هى التى يحررها الأفراد من دون توسط أحد الموظفين، وهى أنواع: (الأول) الأوراق العرفية (الثانى) الأوراق التجارية وهى المحررات الجارية بين التجار من دفاتر وسندات ورسائل (الثالث) الأوراق الخصوصية.

فالمحررات العرفية هى التى يتداولها الأفراد فى غير المواد التجارية وكذا المحررات التى يتبادلها التجار فيما يرجع لحاجاتهم الخاصة مما لا علاقة له بتجارتهم. وليس للمحررات العرفية شروط خاصة تجب مراعاتها بل هى تحرر على النحو الذى يريده أصحابها وتكون تامة بتوقيع من صدرت منه.

وينبغى أن تحرر بخط المتعهد أو أنه يكتب عليها بخطة عبارة تفيد علمه التام ورضاه الكامل بالتعهد المفروض عليه. فان كان لا يحسن القراءة والكتابة

(١) مادة ١٠ من قانون الاثبات «المحررات الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه» وجاء نص المادة ٨٢ من مشروع قانون الاثبات مطابقا.

اكتفى بتوقيعه بختمه والا وقع ببصمة اصبعه وهذا أحسن لأنها لا تسرق ولا تقلد بخلاف الختم.

والأوراق التجارية هي التي يحررها أهل التجارة خاصة بمتاجرهم من دفاتر ورسائل وفواتير وسندات وتحاويل وهكذا. وأهم تلك الأوراق الدفاتر لما يترتب عليها من الإثبات لأصحابها وعليهم.

والدفاتر التجارية قسمان (القسم الأول) الدفاتر الواجب على كل محترف بالتجارة استعمالها طبقا لما هو مدون في المواد ٢١ وما بعدها من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(القسم الثاني) الدفاتر الاختيارية وهي التي يزيدها التاجر من نفسه تسهيلا للعمل وظيفيا لحركة الأخذ والعطاء على حسب ما يظهر لكل واحد بالنظر لنوع متجره وأهميته. وليس لهذه الدفاتر نظام مسنون (ملحوظ) سندات العقود والتعهدات التي تحرر بين التجار تدخل ضمن الأوراق العرفية.

والأوراق الشخصية أو الخاصة هي الدفاتر والمذكرات وجميع المحررات التي يتخذها كل فرد تاجرا كان أو غير تاجر موظفا أو غير موظف في مصلحة نفسه لضبط أعماله والاهتداء إلى أحوال معاملاته مع غيره من بيع وشراء واستقراض وأقراض وتعهدات وحقوق وحوادث وما أشبه ذلك. ولا فرق بين أن تكون تلك الأوراق مضموما بعضها إلى بعض في صورة دفاتر وسجلات أو أن تكون منفصلة كل ورقة قائمة بذاتها سواء أكانت ممضاة أو غير ممضاة.

قوة الدليل الخطي: يراد بقوة الدليل الخطي ما له من الاعتبار بالنسبة لذوى الشأن ولغيرهم ممن تكون له صلة بهم وللقاضى الذى يحتج بالمحركات أمامه. قوة الدليل الخطي بالنسبة لذوى الشأن فيه: جميع الأوراق رسمية وغير رسمية حجة على من وقعها مع تفصيل يسير فأما المحركات

الرسمية فحجة قاطعة على المتعهد سواء أكانت عقدا أم اقرارا فهو لا يفلت منها الا اذا أبطلها (٢) وطريق ابطالها عسير في العادة إذا لابد للطالب من اتخاذ طريق دعوى التزوير ولها اجراءات طويلة وقد تعرض مدعيها إلى الحكم عليه بألفى جنيه غرامة إن لم ينجح (٣) ومع ذلك ليس الحكم بعدم اعتبار الورقة الرسمية موقوفا على اقامة دعوى من الخصم الذى يريد ابطالها بل يجوز للمحكمة أن تحكم برد وبطلان أية ورقة يتحقق لها أنها مزورة ولو لم تقدم إليها دعوى تزوير تلك الورقة (٤) وأما المحررات العرفية فهي حجة على من وقعها ولكنها تنزع إذا أنكرت الكتابة أو الامضاء الموقعة به. (٥) ولدعوى انكار الكتابة أو الخط طريق مسنون فى قانون الاثبات وهو أسهل من دعوى التزوير لأن الدليل فى هذه واجب على من يطعن بعدم صحة المحرر الرسمى. وأما فى الأوراق العرفية فالانكار من قبل المحتج بها عليه يجعل مقدمها مكلفا باقامة البرهان على صحتها (٦) وأما الأوراق التجارية أعنى دفاتر التجار السابق ذكرها فالواجب الاستعمال منها حجة صحيحة ضد التاجر لمن تعامل معه سواء أكان هذا تاجرا أم غير تاجر وسواء أكان التقاضى فى أمر تجارى أم مدنى، وسواء أكانت تلك الدفاتر جامعة شروط القانون أم لا، ولا ينقسم الدليل المنتزع من هذه الدفاتر، فأما اعتباره لصالح المحتج به وعليه وأما تركه. فمن باع تاجرا

(٢) مادة ١١ من قانون الاثبات «المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا.

وجاء نص المادة ٨٣ من مشروع قانون الاثبات مطابقا

(٣) المادة ٤٩ من قانون الاثبات وما بعدها.

(٤) المادة ٥٨ من قانون الاثبات وتقابلها المادة ١٣٠ من مشروع قانون الاثبات.

(٥) المادة ١٤ من قانون الاثبات وتقابلها ٨٦ من مشروع قانون الاثبات.

(٦) المواد ٣٠ - ٤٨ من قانون الاثبات وتقابلها المواد ١٠٢ - ١٢٠ من مشروع قانون الاثبات.

متاعا واحتج على بيعه بدفتر المشتري وكان فيه انه دفع الثمن كله أو بعضه لا يجوز له ان يتخلص من ذلك القبض بالانكار. وإذا ادعى تزوير ذلك فعليه -
الاثبات. ولا يتحقق عدم الانقسام الا إذا كان بين الأمرين المراد الأخذ بأحدهما وترك الثانى تلازم أو على الأقل علاقة قوية كالبيع وقبض الثمن وكالدين وأدائه. فان كانا منفكين فالانقسام وارد كما لو ادعى أحدهم ديننا على تاجر واحتج بدفتره فبان فيه ثبوت الدين وان المدعى مدين للتاجر أيضاً.

أقول هذا مبنى على أن الاقرار لا يتجزأ قانوناً وهو موافق لمذهب بعض الفقهاء وسيأتى موضحاً فى الكلام فى الاقرار.

والدفاتر الاختارية ليست حجة شرعية ولكنه يجوز الاستئناس بها وتعتبر قرينة فى الخصومة ويلحق بها المخالصات المؤشر عليها بدفع القيمة ودفاتر السماسرة ومراسلات التجار للتجار.

أما الأوراق الشخصية أو الخاصة فيلاحظ فيها ما يأتى: (أولاً) لا تكون الأوراق والدفاتر المنزلية دليلاً فى صالح صاحبها سواء كان ذلك باثبات دين له على غيره أو تخلصه من دين عليه. ولا تعتبر مبدءاً لدليل بالكتابة يسوغ معه لصاحبها طلب اليمين الحاسمة من خصمه ومع ذلك يجوز للقضاة أن يطلعوا عليها إذا قدمها صاحبها على سبيل الاسترشاد فقط ليستخرجوا منها قرائن على صحة بعض وقائع الدعوى أن أمكن (ثانياً) تعتبر الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على صاحبها فى حالتين: الأولى إذا أثبت فيها حصول أداء دين له أو جزء منه الثانية إذا أثبت فيها وجود دين أو تعهد عليه لغيره بشرط أن يذكر فيها صراحة أنها حررت لتقوم مقام الوثيقة فى صالح الدائن (ثالثاً) أن تكون الأوراق المذكورة محررة بخط صاحبها أو ممضاة منه حتى يمكن الاحتجاج عليه فى الحالتين السابقتين. (رابعاً) يلحق بالأوراق المحررة بخط صاحبها أو الممضاة منه

الأوراق المحررة بخط كاتبه المعين لذلك أو المحررة بمعرفة أجنبي ولو كان المدين نفسه اذ ثبت أن تحريرها كان بعلم صاحبها أو بناء على اشارته. (خامسا) اذا كانت الكتابة التي تثبت براءة المدين من دينه الواجب لصاحبها مشطوبة لكن لا تزال تقرأ تعتبر دليلا على تلك البراءة من الدين المذكور. واذ كانت تثبت دينا على صاحبها وهى بهذه الصفة فهى لا تعتبر (سادسا) تسقط قوة الأوراق والدفاتر المذكورة باقامة الدليل على ما يخالف الثابت فيها ولو بالشهود من غير أن يكون هناك احتياج لوجود مبدأ دليل بالكتابة (سابعا) الأمر الثابت فى تلك الأوراق لا يقبل الانقسام فمن استند عليها وجب عليه قبول مجموعها وان خالف جزؤه ما يطلبه (ثامنا) ليس للقاضى أن يطلب احضار أوراق أحد الأخصام المنزلية أو دفاتره من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصم الآخر الا اذا كانت الدفاتر المذكورة مشتركة بين الخصمين.

قوة الدليل الخطى بالنسبة للغير: يراد بالغير هنا كل من لم يكن موقعا على المحرر ممن تقوم بينهم وبين موقعه خصومة أو يحتمل قيامها.

الأوراق الرسمية: تقدم أن الأوراق الرسمية أربعة أنواع فالأنواع الثلاثة الأولى تعتبر حجة على كل انسان بلا استثناء، أعنى أنه لا يجوز لأحد أن يتخلص من حكم قانون عام أو معاهدة سياسية أو قرار صادر بمطابقة النظمات ولا أن ينكر ما دون من محررات المصالح الادارية وما ثبت فى دفاتر أعمالها المقررة لذلك ولا ألا يخضع لما ثبت فى الأوراق القضائية الا إذا ادعى التزوير فى شئ من ذلك وأثبتته. والظاهر أن القانون لاحظ هذه الأنواع الثلاثة فى المادة ١١ من قانون الاثبات ونصها « المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً » . (٧)

(٧) وجاء نص المادة ٨٣ من مشروع قانون الاثبات مطابقا.

وأما النوع الرابع وهو الأوراق المدنية فليس كل ما فيه يعتبر رسمياً بل بعضه
رسمى لا يجوز الطعن فيه إلا بدعوى التزوير وبعضه فى حكم غير الرسمى،
وقد ضرب مثلاً لبيان ذلك فقال: ذهب زيد وبكر إلى الموثق واعترف زيد بأنه
اقترض من بكر ألف جنيه قبضها قبل حضورهما إليه وأنه تعهد بوفاء الدين
فى ستة أشهر وأنه رهن له فدانا تأمينا للوفاء وأقر بكر بذلك وحرر الموظف
وثيقته بما تصادقا عليه بحضور شاهدين ووقع الجميع الوثيقة. فالرسمى الذى
يثبته المحرر ويعتبر حجة على أى شخص ولا يجوز الطعن فيه إلا بدعوى
التزوير هو (أ) حضور العاقلين بذاتهما أمامه وكذا الشاهدان (ب) صدور
الاعتراف من العاقلين بالاقتراض والاقتراض والرهن (ج) صدور تعهد
المقترض بوفاء الدين فى الأجل المسمى (د) كون هذا وقع فى المكان والزمان
المبينين فى السند. ذلك ما يثبت المحرر الرسمى. أما كون اقرار الطرفين مطابقاً
للمواقع أولاً بمعنى أن المدين افترض حقيقة أو لم يفترض ورهن أو لم يرهن
فتلك مسألة خارجة عن موضوع المحرر بالمرّة. ولا يبعد أن يكون الطرفان
متواطئين على هضم حق ثالث بهذا العقد الصورى. وللأجنبى الحق المطلق
فى اثبات ذلك بجميع الطرق ومنها الشهادة ما دام له مصلحة فى العقد،
فالفرق بين الرسمى وغير الرسمى فى المحررات هو أن الغير لا يلتزم إقامة
البرهان على عدم صحة الثانية بل يكفيه طلب عدم اعتبارها بالنسبة إليه، وأما
الأولى فلا بد له من إبطالها أى اثبات عدم صحة ما قرره المتعاقدان فيها مما لا
يدخل تحت ضمان صفة المحرر الرسمية ولكنه غير محتاج فى ذلك لإقامة
دعوى التزوير ما دام معترفاً بصحة صدور المحرر على يد الموظف المسمى فيه
وبحضور من وقعوه معه.

وليلاحظ أن اثبات ما يخالف ظاهرة الورقة الرسمية ممنوع على العاقلين
بشهادة الشهود فهى لا تقبل إلا إذا وجد مبدأ اثبات بالكتابة أما غير المتعاقلين

من يكون له مصلحة فى اسقاط المحرر فلهم الاثبات بجميع الطرق ومنها الشهادة لأنه لم يكن لهم أن يحتاطوا لأمر لا يعلمونه حين وقوعه.

قوة التنفيذ التى لبعض الأوراق الرسمية: لبعض الأوراق الرسمية قوة تنفيذية كالأحكام وهى العقود الرسمية أى المحررة على يد كاتب المحكمة متى وضعت عليها الصيغة التنفيذية، وهذه الصيغة توضع على كل حكم نهائى وعلى أصل كل عقد رسمى محرر أمام كاتب المحكمة والذى يضعها هم كتاب المحكمة .

الأوراق العرفية: المحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء (٨) وكذلك تكون حجة فى غير سندات العقود حتى الرسائل العادية الودية (٩) أما بالنسبة لغير ذوى الشأن فيها فالأوراق العرفية لا قيمة لها فى ذاتها لكن اذا أثبت تاريخها من طريق قانونى جاز الاحتجاج بها على الغير (١٠) ويكتسب تاريخ الأوراق العرفية قوة تجعله حجة على الغير باحدى الطرق المبينة بالمادة ١٥ من قانون الإثبات.

الأوراق التجارية: دفاتر التجار حجة لبعضهم على بعض، فما ثبت فى دفتر أحدهم على الآخر يؤخذ به لكنه يشترط فى ذلك أن تكون مستوفية شروط وضعها واستعمالها (١١).

الأوراق الخصوصية: لا يحتج بها على الغير مهما كان نوعها أهـ. ويجب اثبات

(٨) مادة ١٤ من قانون الإثبات.

(٩) مادة ١٦ من قانون الإثبات.

(١٠) مادة ١٥ من قانون الإثبات.

(١١) دفاتر التجار المدين تكون حجة عليه فى كونه مدينا لغيره سواء أكان الدين لتاجر آخر أم كان لغير تاجر. وسواء أكان الدين مدينا أم تجاريا وسواء أكانت دفاتر التاجر المدين منظمة وفق ما رسمه القانون التجارى أم كانت غير منظمة. وسواء أكانت بخط التاجر نفسه أم بخط كاتبه ولا يصح للدائن الذى يتمسك بهذه الدفاتر أن يجزئ ما فيها من الاقرار «على ما سيأتى فى محله» اذا كانت الدفاتر منظمة أما اذا كانت غير منظمة فرأيان، جواز التجزئة. وعدم الجواز «انظر رسالة الإثبات».

جميع الصلات القانونية التي تربط الناس بعضهم ببعض بالكتابة ولا يقبل من المدعى اثبات ما يدعيه بشهادة الشهود الا فيما استثنى وهو: (أولا) من لم يكن في مقدوره الحصول على محرر يثبت حقه. ومثاله من وقعت عليه جنحة أو جناية كالسرقة والغصب (ثانيا) من كان بيده سند يثبت حقه وفقد بقوة قاهرة كالحررق والسرقة والغصب (١٢).

(ثالثا) من كان حقه ضئيلا يستهان بتحرير سند خاص لأجله أو يخشى من صرف مصاريف في سبيل تحرير السند تزيد على ما يناسب الحق المذكور وقد قرر القانون الحقوق التي يجوز اثباتها بشهادة الشهود وهي لا تزيد قيمتها على (٥٠٠) خمسمائة جنيه وكل حق تزيد قيمته على ٥٠٠ جنيه لا يجوز اثباته بهذه الطريقة الا في أحوال استثنائية وهي التي تقدم بيانها ثم حالة وجود مبدأ دليل بالكتابة (١٤، ١٣) ومبدأ الدليل بالكتابة هو عبارة عن محرر صادر من المتعهد يشتمل على عبارات تجعل دعوى المدعى بالحق قريبة الاحتمال (١٥). ويمنع بعض القوانين الاثبات بشهادة الشهود حتى في الأحوال الجائزة فيها الشهادة اذا كان أصل العقد ثابتا بالكتابة.

(١٢) وأما دفاتر التاجر الدائن غير المنظمة فلا يكون ما فيها حجة له على أحد، وأما المنظمة فيجوز أن تتخذ قرينة بينى عليها القضاء اذا كان المدين أيضا تاجرا وكان الدين ناشئا عن معاملات تجارية. وللمدين أن يقيم الدليل العكسى. فاذا كان للتاجر المدين دفاتر منظمة أيضا قد عارضت دفاتر التاجر الدائن المنظمة نهائر الدليلان، ووجب على الدائن أن يلتجئ إلى دليل آخر.

وإذا لم يوجد في دفاتر التاجر المدين ما يعارضها، أو لم يكن له دفاتر منظمة أو امتنع من تقديم دفاتره وكان الدين تجاريا فانه يجوز أن يحتج بما فيها على التاجر المدين في ديون التجارة.

وأما اذا كان المدين غير تاجر أو كان تاجرا والدين مدنى فلا يجوز أن يحتج بما في دفاتر التاجر الدائن على المدين ولو كان الدفتر منظما، رجوعا إلى القواعد العامة.

(١٣) مادة ٦٣ ب من قانون الاثبات.

(١٤، ١٥) مادة ٦٢ من قانون الاثبات.

وكذلك لا تقبل شهادة الشهود على مبلغ أقل من خمسمائة جنيه كان هذا المبلغ
باقيا من مبلغ أصلى يزيد على خمسمائة جنيه كان يجب على الدائن أن يبقى
سند الدين الأصلى عنده حتى يكون له حجة على المدين عند التنازع. (١٦)

(١٦) مادة ٦١ من قانون الاثبات.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الثاني

الشهادة

تعريف الشهادة

حجية الشهادة

تحمل الشهادة

أداء الشهادة والامتناع عن أدائها

شروط أداء الش_____هادة

شروط الشاهد العامة والخاصة

مراتب الش_____هادة أو نصيبها

موافقة الشهادة للدعوى والشهادة

التركيبية وتعديل الشهود وجرحهم

الش_____هادة على الش_____هادة

الرجوع عن الش_____هادة

ش_____هادة الحسب_____ة

الشهادة في اللائحة الشرعية

القوانين المصرية

- القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

- مشروع قانون محاكم الاسرة

آية المدعيته وتفسيرها

الفصل الأول

تعريف الشهادة

الفرع الأول

تعريف الشهادة في اللغة

تطلق الشهادة في اللغة بالاشتراك على معان كثيرة:

(منها) الحضور، تقول: شهد فلان مجلسنا أي حضره

و(منها) الاطلاع على الشيء، ومعايته تقول: شهدت كذا أي اطلعت عليه

وعاينته

و(منها) إدراك الشيء، تقول: شهدت صلاة الجمعة أي أدركتها

و(منها) الإخبار بالشيء خبراً قاطعاً، تقول: شهد فلان على كذا أي أخبر به

خبراً قاطعاً

و(منها) الحلف، تقول: أشهد بالله، أي أحلف به.

والفعل من باب علم وجمع الشاهد، شهد كراكب وركب، وصاحب وشهود

وأشهاد، ويقال شهيد وجمعه شهداء، قال تعالى: «ولا يضار كاتب ولا شهيد».

وتقول: أشهد فلاناً على كذا، أي جعله شاهداً عليه. واستشهده، سأله أي يشهد،

واستشهد به استعان به في أمر الشهادة، وشاهده أدركه بإحدى حواسه الظاهرة.

وتطلق المشاهدة أيضاً على الإدراك بالحواس الباطنة.

الفرع الثانى

تعريف الشهادة شرعاً

قيل فى تعريفها:

الشهادة هى إخبار عن مشاهدة وعيان، لا عن تخمين وحسبان، واعترض على هذا التعريف بأنه لا يتناول الشهادة بالتسامع، فإنها ليست عن مشاهدة، وأجيب بأن جواز الشهادة بالتسامع إنما جاء من طريق الاستحسان، لأن الحاجة الشديدة داعية إليه، والتعريفات الشرعية إنما تكون على وفق القياس لأنه الأصل^(١).

وقيل أيضاً:

إنها إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره، كما أن الإقرار هو إخبار الإنسان بحق على نفسه لغيره، والدعوى هى إخبار الإنسان بحق لنفسه على غيره. وأورد على هذا التعريف أنه غير جامع لعدم شموله بعض الصور كالشهادة بما يوجب الفرقه من قبل الزوجه قبل الدخول، فإنه شهادة مقبولة، ولم يوجد فيها ذلك المعنى، وأجيب بأن ما سقط بالشهادة وهو وجوب المهر على الزوج الذى كانت ذمته مشغولة به من وقت العقد الصحيح، هو حق له على زوجته بسبب ما فعلت. ونظيره الشهادة بإبراء الدائن مدينه مما عليه له من الدين، فإنه ثبت به حق للمدين على الدائن وهو سقوط الدين عنه. فالحق أعم من أن يكون وجودياً أو عدمياً.

وقيل:

الشهادة هى إخبار صدق لإثبات حق، بلفظ الشهادة فى مجلس القاضى، ولو بلا دعوى. فقولنا: (أخبار) جنس يشمل الإخبارات كلها. وقولنا: (صدق) فصل خرجت به الأخبار الكاذبة، وأما إطلاق الشهادة على قول الزور فى مجلس القضاء فهو إطلاق مجازى من حيث المشابهة الصورية. وقولنا: (لإثبات حق) قيد لبيان الغرض من هذا

(١) - مادة ٣٥ من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية الشهادة هى الاخبار بحق أحد فى ذمة الآخر فى مجلس القاضى ومواجهة الخصمين.

الإخبار، فخرج به الإخبار الذى سيق لغرض آخر، والحق هنا يشمل الوجودى، والعدمى. وقولنا: بلفظ شهادة) قيد آخر لإخراج الأخبار بأى لفظ غير هذا كأعلم وأتقن، فلا يصح أداء الشهادة به، وانظر ما سيأتى بخصوص هذا. وقولنا: (فى مجلس القاضى) قيد ثالث لإخراج الإخبار فى غير مجلس القاضى فإنه لا يعتبر شهادة شرعاً. وقولنا: (ولو بلا دعوى) لإدخال دعوى الحسبة فإنه لا يشترط فيها تقدم الدعوى، ولا موافقة الشهادة للدعوى، كما سيأتى وذلك كالشهادة على الطلاق والشهادة على أصل الوقف.

ومعنى الحسبة، الأجر والثواب، وهى اسم من الاحتساب، وتقول: احتسب عند الله خيراً، أى قدمه فيما يدخر له يوم القيامة. وجمعها حسب. فشاهد الحسبة يقصد بشهادته الأجر وامتنال أمر الله تعالى فى إزالة المنكر، وذلك من أكد الفروض علينا. (٢).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

— الشهادة فى اصطلاح الفقهاء— وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة— هى إخبار «صادق» فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير ولو بلا دعوى، وبالقيد الأول يخرج عن نطاقها الإخبار الكاذب، ولازم هذا أن تكون لقاضى الدعوى سلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها وسبيله إلى ذلك أنه إذا قدم أحد الخصوم بينة لإثبات واقعة كان للخصم الآخر الحق دائماً فى إثبات عدم صحة هذه الواقعة وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لللائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وإجماع الفقهاء على أن القاضى لا يقف مع ظواهر البينات ولا يتقيد بشهادة من تحملوا الشهادة على الحق إذا ثبت له من طريق آخر. (٣).

(٢) — رأيت تجميع كل ما يتعلق بشهادة الحسبة ودعوى الحسبة والحقوق التى ترفع بشأنها وإجراءاتها على ما سيأتى إن شاء الله فى الفصل الثانى عشر.

(٣) — الطعن رقم ٤٣ لسنة ٣٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٣/٣/١٩٦٦ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص ٦٦٦ ،

الطعن رقم ١١ لسنة ٣٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٣/٥/٦٨ ،

الطعن رقم ١٦ لسنة ٣٨ «أحوال شخصية» جلسة ٥/٦/١٩٧٤ ،

الطعن رقم ٣٩، ٤٥ سنة ٤٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ١١/٦/١٩٧٨ .

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٧٩ - ٦٧٠ قاعدة ١٨٦٩ - ١٨٧١ ، ص ٦٧٤ قاعدة ١٨٨٨ ، ص ٦٧٩ قاعدة ١٩٠٣ .

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثاني

حجية الشهادة

قال في المبسوط ما ملخصه: القياس يأبى كون الشهادة حجة في الأحكام لأنها خبر محتمل للصدق والكذب، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة. ولكننا تركنا ذلك بالنصوص قال تعالى: «واستشهدوا شهيدين من رجالكم» وقال تعالى: «فاستشهدوا عليهن أربعة منكم» وقال (صلى الله عليه وسلم): «شاهدك أو يمينه» وقال: «البينة على المدعى» ولأن حاجة الناس داعية إلى ذلك لأن المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتتعدى إقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة، والتكليف إنما يكون بحسب الوسع، ونظيره القياس في الأحكام بغالب الرأي في موضع الاجتهاد، ثم القياس بعد هذا أن يكتفى بشهادة الواحد لأن رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد العدل موجباً للعمل في رواية الحديث، وكما لا يثبت القطع بخبر الواحد كذلك لا يثبت بخبر الاثنين ولا بخبر الأربعة، بل يثبت بالعدد البالغ حد التواتر. وإذا لا معنى لاشتراط رجلين أو رجل وامرأتين لعدم الفائدة، لكن تركنا ذلك بالنصوص المبينة للعدد من الكتاب والسنة^(١). وحاشا أن يكون التقدير في النصوص خالياً من الفائدة، فإن فيه معنى طمأنينة القلب، وذلك عند إخبار العدد منه في خبر الواحد. ثم في العدد معنى التوكيد إذ التزوير والتلبيس في الخصومات يقع بكثرة فيشترط العدد في الشهادات صيانة للحقوق من الضياع.

أقول: إن ما قاله الإمام السرخسي هنا من فائدة العدد في الشهادة لاحظها الإمام الأوزاعي في دعوى الرجلين عيناً في يد ثالث فإنه يرى القضاء لمن كان شهوده أكثر عدداً محتجاً بأن طمأنينة القلب الحاصلة بشهادة ثلاثة «مثلاً» أقوى من الحاصلة بشهادة اثنين وقد رجح مالك أعدل البيتين لهذا المعنى. وأما أصحابنا فلا يرجحون

(١) - أنظر ما سيأتى عند الكلام في مراتب الشهادة ففيه بحث واف جداً يتعلق بهذا الموضوع... وليعلم أن البينة في عرف الفقهاء ترادف الشهادة وقد جاراها القانون في هذا، في مصر وفي بلاد الدولة العثمانية، لكن البينة في لسان الشرع أعم من الشهادة راجع ما سبق وما سيأتى عند الكلام في مراتب الشهادة.

لا بكثرة العدد ولا بقوة العدالة، بل الكل سواء وذلك لاستواء الجميع في أصل العدالة. ولوجوب العمل بكل شهادة منها ما أمكن لأنها في ذاتها علة كاملة «انظر دعوى الرجلين عينا ملكاً مطلقاً، وانظر مبحث الترجيح بكثرة الأدلة في كتب الأصول وما ادعوه هناك من أنه لا يرجح بكثرة الشهود إجماعاً مع ثبوت خلاف الأوزاعى المتقدم، ثم قارن كل هذا بما قدمناه عن صاحب المبسوط».

وحكمة مشروعية الشهادة، صيانة الحقوق وردها إلى أصحابها إذا اعتدى عليها وتمكين القضاء من توقيع العقوبة على من يستحقها.

الفصل الثالث

تحمل الشهادة

مقدمة

قيل فى تأويل قوله تعالى: «ولا يَأْبُ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» أنه يحتمل أن يكون المراد النهى عن الإباء عن التحمل إذا دعى إليه، ويكون اسم الشَّهَدَاءِ مجازاً فيمن سينصف بالشهادة، فيكون النهى لكرهية الإباء عن التحمل كراهة تنزيه ومرجعها خلاف الأولى، لأن التحمل لما فيه من إعانة الإنسان على حفظ حقه أولى أهـ وسياق الآية لا يأبى هذا التأويل وهو قرينة المجاز.

ويحتمل أن يكون نهى من تحملوا الشهادة عن الإباء عن أدائها إذا دُعوا إلى الأداء. قال فى الفتح: وهو الراجع لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ. (١).

(١) - أنظر التبصرة ابن فرحون جزء أول ص ١٦٥ كتابنا حقوق المرأة فى الشريعة الإسلامية هامش ص ٣٤.

الفرع الأول

شرائط تحمل الشهادة

شروط التحمل ثلاثة: العقل والبصر ومعاينة المشهود عليه فيما لا تقبل فيه الشهادة بالتسامع:

أما اشتراط العقل فلأن ضبط المشهود عليه لا يتأتى إلا به، ولذا لو تحمل وهو مجنون أو صبي غير مميز لا يعتبر تحمله، أما لو كان وقت التحمل صبياً مميزاً فتحمله صحيح لأن الضبط يحصل بالتمييز ولو قبل البلوغ، ومعنى الضبط حسن السماع والفهم والحفظ إلى وقت الأداء.

وأما اشتراط البصر فلأن التمييز بين الأشياء والأشخاص إنما يكون به إذ النعمة تشبه النعمة، فيجوز أن يخدع ويغش. وأما معاينة المشهود به فلأن هذا هو الأصل في الشهادة.

وإنما استثنى ما استثنى للضرورة كما جازت الشهادة على الشهادة لذلك على أن جواز الشهادة من أصلها للضرورة كما تقدم فكان ضرورة بعد ضرورة كما قضت بذلك رعاية المصالح بقدر المستطاع.

حاصل ما قالوه في شهادة الأعمى: إما أن تكون في الحدود والقصاص أو لا، فإن كان الأول فهي غير مقبولة بالاتفاق لما فيها من الشبهة. وإن كانت في غير الحدود والقصاص، فإما أن تكون فيما يجرى فيه التسامع كالنسب والموت أو لا، فإن كان الأول قبلت عند زفر، وهي رواية عن أبي حنيفة وقول مالك والشافعي وأحمد، ووجهه أن الحاجة فيه إلى السماع ليس غير ولا خلل في السماع بالنسبة للأعمى، ورد على ذلك بأن النعمة تشبه النعمة فربما يخدع أو يغش. وإن كانت فيما لا يجرى فيه التسامع وكان بصيراً وقت التحمل فعلى قول أبي يوسف والشافعي: يصح الأداء منه وهو أعمى لحصول العلم بالمعاينة وقت التحمل، وقال الطرفان وهو المفتى به: لا تقبل شهادته لجواز أن يتصنع المدعى عليه (مثلاً) صوت المدعى ونغمته فيلقن الشاهد الأعمى ما يضر بالمدعى. وكذا لو عمى بعد الأداء وقبل القضاء فإنه لا يقضى

القاضى بشهادته على المفتى به، وذلك لأن أهلية الشهادة يشترط قيامها وقت القضاء لصيرورتها حجة عند القضاء، وقد بطلت أهلية الشاهد بسبب عماء فلم تبق حجة، كما إذا خرس أو جن أو فسق بعد الأداء وقبل القضاء، وهذا بخلاف ما إذا مات الشهود أو غابوا لأن الأهلية قد انتهت بالموت والشىء يتقرر بانتهائه، وبالغية ما بطلت الأهلية. هذا وقد قال فى العناية: لو قبل القاضى شهادة الأعمى وحكم بها يصح لأن ذلك مجتهد فيه حيث قال مالك: تقبل شهادته مطلقاً كالبصير أهـ.

وأقول محل هذا إذا لم يكن القاضى مقلداً مقيداً كقضاة زماننا.

ومما تقدم تعلم أنه لا يشترط للتحمل البلوغ ولا الحرية ولا العدالة، فلو كان وقت التحمل صبيّاً مميّزاً أو عبداً أو فاسقاً ثم بلغ الصبى وعُتقَ العبد وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضى بما تحملوه وهم على صفاتهم الأولى، قُبِلت شهاداتهم شرعاً، وهنا كلام ستعرفه فيما سيأتى.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

— بلوغ الشاهد... شرط للإدلاء بالشهادة وليس شرطاً للتحمل كفاية أن يكون الصبى مميّزاً. (١).

— ليس من شأن القاضى أن يلفت نظر الشاهد لاستكمال شروط تحمل الشهادة. (٢).

(١) — الطعن رقم ٣٥ سنة ٣٤ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٧٦/١/٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ١٥٧.

(٢) — الطعن رقم ٦ سنة ٤٤ ق أحوال شخصية ص ١٥/١١/١٩٦٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص ١٦٨٨.

الفرع الثانى

الأسباب المعلقة للشهادة .. أى المجوزة لها

هى ثلاثة: معاينة اليد، ومعاينة السبب، والتسامع .. ويعبر عن الأخير بالسماع أيضاً فى بعض الكتب الفقهية.

المبحث الأول

معاينة اليد

من كان فى يده شئ وسعك أن تشهد أنه له. وصورة ذلك أن ترى عيناً فى يد إنسان ثم تراها فى يد غيره والأول يدعى عليه الملك وسعك أن تشهد للخارج المدعى، وذلك لأن اليد أقصى ما يستعمل به على المالك عند عدم المنازعة، وليس وراء اليد دليل أقوى منها، إذ هى فى الحقيقة مرجع الدلالة ومبدؤها، فإن الذى يعاين الشراء وغيره من الأسباب الكاسبة للملك شرعاً لا يعلم ملك المالك فيها إلا بمعاينة اليد أو بسبب ينتهى فى المآل حتماً إلى اليد، فاليد إذاً هى المستند الأخير فى الدلالة على الملك بلا منازع.

وعن أبى يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه أنه للمدعى لأن الأصل فى الشهادة اليقين، فعند تعذره يصار إلى ما يشهد به القلب. قالوا: يحتمل أن يكون قول أبى يوسف هذا تفسيراً لإطلاق محمد فى الرواية فيكون شرطاً على الاتفاق ويؤيد هذا أنهم قالوا: لو رأى إنسان درةً ثمينة فى يد كناس، أو كتاباً فى يد جاهل ليس فى آبائه من هو أهل له لا يسعه أن يشهد بالملك له، فعرف أن مجرد اليد لا يكفى.

وقال الشافعى: دليل الملك اليد مع التصرف الدال عليه. وبه قال الخصاف، وهو قول مالك كما فى الفتح. ووجهه أن اليد تتنوع إلى ملك ونيابة وضمنان، فلا تحل الشهادة على الملك بمجرد اليد مع هذا الاحتمال، قلنا: وكذا التصرف يتنوع إلى أصالة ونيابة، فلم يزل الاحتمال.

ونقل فى التبيين عن النسفى أنه يشترط مع معاينة اليد التصرف وأن يقع فى قلبه أنه للمشهود له، وذلك لأن الأصل فى الشهادة الإحاطة واليقين فوجب المصير إليه ما أمكن. ثم قال: وجوابه أن العلم القطعى متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو

اليد لأن الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وإن رآه يشتره لاحتمال أن البائع لا يملكه فيكتفى بظاهر اليد تيسيراً، إذ الأصل أن تكون الأملاك في يد ملاكها وكيئونها في يد غير المالك أمر عارض، فرجحنا بالأصل، ولذا يقضى له القاضي باليد قضاء ترك أ.هـ. قال في التبیین: المسألة على أربعة أقسام: (أحدها) أن يعاین المالك والمملك، بأن عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه، وعرف المملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعة أحد ثم رآه في يد غيره بعد ذلك جاز له أن يشهد للأول بالمملك إذا ادعاه بناء على يده وإن كان هذا لا يفيد العلم القطعي إذ الوصول إليه هنا في حكم المتعذر فيكفي بالظن الغالب لأجل الضرورة منعاً لازعاج المالك وأملاكهم. (الثاني) أن يعاین المملك دون المالك بأن يعاین ملكاً بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب إليه المملك وادعى أن المحدود ملكه على شخص في يده ذلك المحدود حل له أن يشهد استحساناً لأن النسب يثبت بالتسامع، فصار المالك معلوماً بالتسامع والمملك بالمعاينة، ولو لم يسمع مثل هذا لضاعت حقوق الناس لأن فيهم المحجوب ومن لا يبرز أصلاً ولا يتصور أن يراه متصرفاً فيه. أليس هذا إثبات الملك بالتسامع وإنما هو إثبات النسب بالتسامع، وفي ضمنه إثبات الملك به، وهو لا يمتنع وإنما يمتنع إثباته قصداً. (الثالث) ألا يعاین المملك ولا المالك ولكن سمع من الناس أنهم قالوا: لفلان بن فلان ضيعة في قرية كذا حدودها كذا، وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاین يده عليها، لا يحل له أن يشهد بالمملك. (الرابع) أن يعاین المالك دون المملك بأن عرف الرجل معرفة تامة وسمع أن له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها، لا يسعه أن يشهد لأنه لم يحصل له على العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة. أ.هـ.

هذا الذي تقدم في غير الرقيق من عبد أو أمة. أما في الرقيق، فجملة القول فيه أنه إذا عاین الإنسان عبداً أو أمة في يد شخص، فإذا كان يعرف أنهما رقيقان جاز له أن يشهد أنهما ملكه سواء أكانا صغيرين أم كبيرين وإن كان لا يعرف رقبهما، فإن كانا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما، فكذاك لأنه لا يد لهما على أنفسهما، أما إذا كانا مميزين أو بالغين فلا يسعه أن يشهد بالمملك لاحتمال أنهما حران استؤجرا للخدمة «انظر الهداية والفتح» لكن نقل في التبیین عن الكافي أن أبا يوسف ومحمداً في رواية عنهما يجوزان الشهادة في الرقيق بمعاينة اليد مطلقاً.

أقول: لا يخفى بعد معرفة ما تقدم قوة ما قاله النسفي، فيجب الأخذ به أو على الأقل يضم إلى معاينة اليد طمأنينة القلب.

المبحث الثانى

معايينة السبب

إذا سمع الإنسان ما كان من المسموعات كحكم الحاكم وكالبيع والإقرار ورأى الحاكم والمقر ومباشر العقد وقت السماع، أو أبصر ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له أن يشهد بما سمع وبما أبصر^(١) وإن لم يشهد على شىء من ذلك وقت حصول القول أو الفعل^(٢) فيقول أشهد أنه باع أو أقر أو حكم بكذا أو غصب كذا أو قتل إلخ..... ولا حاجة به إلى أن يقول أشهدنى فلان أن أشهد بكذا لأن هذا خاص بالشهادة على الشهادة كما سيأتى فى موضعه. ولا بد من رؤية الشاهد المشهود عليه وبه وله حتى تكون الشهادة عن علم، فمن سمع صوت امرأة ولم ير شخصها^(٣). فشهد عنده شاهدان أنها فلانة لا يحل له أن يشهد عليها. ويصح التعريف ولو من زوجها وابنها وكل من لا يصح أن يكون شاهدا لها (على ما سيأتى) سواء أكانت الشهادة لها أم عليها. وقد نصوا على أنه يجوز لكل من الشاهد والقاضى أن ينظر إلى وجه المرأة لأجل الشهادة والقضاء عليها أو لها.

قال فى معين الحكام ما ملخصه: إذا كان لرجل على آخر حق وهو يقربه فى السر ولكنه يجحده أمام الناس، وقد عجز صاحب الحق عن الوصول إلى حقه فاحتال بأن أدخل قوما من العدول فى بيته ثم استحضر من عليه الحق وهو لا يعلم بوجودهم فأقر سرا ثم خرج وقد سمعه الشهود حل لهم أن يشهدوا لأن العلم قد حصل لهم. وقيل لا يحل لأن فيه تدليسا وتغريرا ولكن إنما يجوز إذا كان الشهود يرون وجه المشهود عليه ويعرفونه، وإن كان لا يرون وجهه ولكن يسمعون كلامه لا يحل لهم أن يشهدوا. فإن شهدوا وفسروا للقاضى شهادتهم لم تقبل إلا إذا أحاطوا علما به

(١) - وكذا سائر ما تدركه الحواس الأخرى.

(٢) - ولكن صاحب الحق دعاه إلى أداء الشهادة بعد أن علم له شهادة عنده.

(٣) - كالشهادة على التوكيل بالزواج نقف المخطوبة خلف باب أو ستار وتسمع شاهداً التوكيل بأنها وكلت أباها «مثلاً» فى تزويجها من فلان.. إلخ.

بأن رأوه دخل بيتاً وعلوموا أنه ليس فى البيت غيره وليس لهذا البيت مسلك آخر، وسمعوا إقراره بحيث لا يشتبه عليهم حاله، تحل لهم الشهادة ثم قال: ينبغى للشاهد أن يرفع نفسه عن أن يختبئ ليشهد فإن هذا مما لم يندب إليه، ولا هو فرض عليه فإن فعل فقد فعل مالا يليق بالفضلاء ولا يختاره العقلاء أهـ. وانظر التبيين ففیه ما یوافق هذا. وكذلك التبصرة عند الكلام فى شهادة الاستغفال.

ومما يلتحق بهذا أن الشاهد إذا رأى خطة فى صك (٤). ولم يتذكر الحادثة لا يحل له أن يشهد لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم المجوز للشهادة. فلا بد من أن يتذكر الشاهد شهادته التى صدرت عنه حتى تحل له الشهادة ولا يكتفى بأن الخط خطه لجواز التزوير. هكذا قال القدورى ولم يذكر خلافا فى المسألة لا هو ولا الأقطع فى شرحه عليه، وكذا الخصاص فى أدب القاضى لم يحك فى المسألة خلافاً، وأما الفقيه أبو الليث وشمس الأئمة السرخسى فقد حكيا فى المسألة خلافاً. ولذا قال صاحب الهداية: قيل هذا على قول أبى حنيفة: وعندهما يحل له أن يشهد، وقيل بالاتفاق إذا كانت الشهادة مكتوبة فى صك غير محفوظ فى ديوان القاضى فلا تحل له الشهادة إذا لم يتذكر. وإنما الخلاف فيما إذا رأى القاضى فى ديوانه شهادة شهود أدت عنده لم يتصل بها حكم، ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضى، والقاضى لا يتذكر أنه شهد عنده شهود بذلك لم يجز أن يحكم له عند أبى حنيفة للعلة المذكورة وبه قال الشافعى. وأما عند أبى يوسف ومحمد وبه قال مالك فإنه يجوز للقاضى أن يقضى به إذا وجده فى قمطره تحت خاتمه لبعده ذلك من مظنة التزوير، وأما إذا كانت الشهادة فى صك فى يد المدعى والشاهد ينكرها ويعترف بالخط فليس للقاضى أن يحكم بهذه الشهادة لإمكان التزوير بل لرجحانه بإنكار الشاهد الشهادة أهـ وهذا تفصيل حسن. أنظر فتح القدير والتبصرة.

(٤) - أنظر التبصرة «ابن فرحون» جزء أول ٣٠١، ص ٣٠٢ والخلاصة التى فى آخرها.

المبحث الثالث

الشهادة بالتسامع

الأصل أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه أى لم يقطع به من جهة المعاينة أو السماع بنفسه من المشهود عليه لما رواه الحاكم والبيهقي عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أن رجلاً سأل النبي (صلى الله عليه وسلم) عن الشهادة فقال له: «هل ترى الشمس؟ قال نعم. قال على مثلها فاشهد أو دع». وفى رواية: إذا علمت مثل الشمس فاشهد. فأمر بالشهادة عند العلم يقيناً، ولأن الشهادة مشتقة من المشاهدة غير أنهم استثنوا من ذلك الشهادة بالنسب. (١). والموت والنكاح (٢). والدخول وولاية القاضى (٣). فيسعى الشاهد أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به، وهذا استحسان، ووجهه أن هذه أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس وتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام والحرج مدفوع شرعاً.

والعادة أن هذه الأسباب يقترن بها ما تشتهر به، فإن النسب يشتهر بالتهتة ونسبة كل واحد إلى الآخر عند المخاطبات والمناداة. والموت بالتعزية وقسمة التركات واندراس الآثار. والنكاح بالشهود والولائم. والدخول بتعلق أحكام مشهورة من المهر والنسب والعدة. والقضاء بقراءة المنشور واختلاف الخصوم إليه وازدحامهم عليه. فنزلت الشهرة فى كل واحد من هذه الخمسة منزلة العيان (انظر التبيين ومعين الحكام).

لا يقال هذا استحسان مخالف للنص، لأننا لا نجوز للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما يشهد به أمر متواتراً أو مشتهراً أو يخبره به رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول. وبهذا يحصل له نوع علم فلا مخالفة إذاً للنص. هكذا قالوا وفى بعضه نظر ظاهر. وأما الأشياء التى يعاينها كل واحد بغير حرج كالبيع والإقرار والغصب فلا تحل الشهادة بها إلا عن معاينة الشاهد بنفسه إذ ليس فيها ضرورة تلجئ إلى الشهادة بالتسامع.

وقد زيد على المسائل الخمس المذكورة آنفاً مسائل أخرى أوصلها فى التنوير والدر إلى خمس أيضاً فتصير الجملة عشر مسائل. وتلك الخمس هى: أصل الوقف، وشرائطه،

(١) لا تسمع الشهادة على الإقرار بالنسب بعد موت المورث م ٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

(٢) لا تسمع الآن الشهادة على النكاح إطلاقاً م ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

(٣) ولاية القاضى تثبت بالرسميات عندنا الآن.

والعتق، والولاء، والمهر.

وقال أبو حنيفة: لا تجوز الشهادة بالتسامع ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر.

وإذا كانت الشهرة عندهما تحصل بخبر عدلين اشترط أن يكون إخبارهما بلفظ الشهادة لأنها توجب زيادة علم شرعاً لا يوجبها لفظ الخبر المجرد من الشهادة. ونقل في معين الحكام أن محمداً نص في مبسوطه على أن ذلك مقيد بما شهدا عنده بدون استشهاد من يقول: أنا فلان ابن فلان الفلاني (مثلاً)، حتى إذا لقي رجلين عدلين شهدا عنده على النسب من غير استشهاد وعرفا حاله وسعه أن يشهد، وإن أقام المدعى شاهدين عنده ليشهدوا على نسبه لم يسعه أن يشهد أهد. وقيل يكتفى في الموت بإخبار واحد عدل أو واحدة كذلك وهذا هو المختار، وعللوه بأنه قلما يشاهد حال الانسان عند الموت إلا واحد لأن الناس تهابه وتكره رؤيته فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج. وإذا كفى الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق. قال في معين الحكام ما نصه: وفي الموت مسألة عجيبة، وهي أنه إذا لم يعاين الموت إلا واحد، ولو شهد عند القاضي لا يقضى بشهادته وحده ما يصنع؟ قالوا: يخبر بذلك عدلاً مثله فإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته، فيشهد مع ذلك الشاهد فيقضى بشهادتهما أهد. نقلاً عن الخلاصة. ومثله في التبيين وكذا في حاشيته نقلاً عن الكمال. وهاك بعض فروع تتعلق بالموت نقلاً عن الفتح ومثلها في معين الحكام والتبيين: (أ) لو شهد بالموت واحد وآخر بالحياة تأخذ المرأة بشهادة الموت لأنها تثبت العارض. (ب) لو أخبرها واحد بموته واثنان بحياته. إن كان المخبر بالموت عدلاً ويشهد أنه عاين موته أو جنازته وبوسعها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها. إلا إذا أرخا، وتاريخ شاهدي الحياة بعد تاريخ شاهد الموت، فشهادة شاهدي الحياة أولى، والقتل كالموت. (ج) رجل قال لامرأة: سمعت أن زوجك قد مات، كان لها أن تتزوج إن كان المخبر عدلاً. فإن تزوجت ثم أخبرها جماعة أنه حي، إن صدقت الأول يصح النكاح.. (د) وكذا إذا أخبرها العدل أن زوجها طلقها ووقع في قلبها صدقه، فإن لها أن تعقد وتتزوج أهد. قارن هذا بما في تبصرة ابن فرحون ص ١٨٩ جزء أول، فهو يخالفه.

أقول: في فتح هذا الباب خطر عظيم لا يخفى فيجب على القاضي ألا يتسرع، بل يثبت حتى تطمئن نفسه إلى ما يلقي إليه من ذلك. كذلك يجب على المرأة ألا تعمل بقول المخبر، ولو كان عدلاً. على ما قالوا. بل ترفع الأمر إلى القاضي وإلا كان الحال فوضى وأن عجيباً من الفقهاء أن يركنوا في بعض أحكامهم إلى نظريات يكون في بناء القضاء عليها فتح من باب من الشر عظيم، وإن كان منطوقها ظاهره مغرياً بالأخذ بها.

أما أصل الوقف فالصحيح أن تقبل الشهادة عليه بالتسامع وهو قول محمد واختيار السرخسي والفقيه أبى الليث. وقال بعض المشايخ: لا تحل الشهادة بالتسامع فى الوقف مطلقاً لا فى أصله ولا فى شروطه، وذلك لأن الوقف قول يقصد الإشهاد عليه والحكم به فى الابتداء، فكان فى ذلك كالبيع ونحوه. ووجه القول الصحيح أن الوقف وإن كان كما ذكر لكنه على توالى العصور تبيد الشهود والأوراق مع اشتهاار وقفه فلو لم تجز الشهادة فيه بالتسامع يصير سائبة أو يعرض للضياع (٤) والمراد بأصل الوقف فى هذا المقام كل ما تعلق به صحته وتوقف عليه تحققه شرعاً مما هو مذكور فى شروط صحته فى الواقف والشئ الموقوف والجهة الموقوفة عليها والصيغة، وما عدا ذلك فهو من شرائطه كذكر الجهات من إمام ومؤذن وخطيب ومدرس الخ وكيفية الصرف والولاية عليه إلى آخر ما يذكره الواقفون فى شروطهم. وهذا هو المراد بقول الحموى فى حاشيته على الأشباه: أصل الوقف ما تعلق به صحته وتوقفت عليه، وأما ما لا تتوقف عليه الصحة فهو من الشرائط أهـ.

أقول يؤخذ من هذا التعليل أن العين المشهود على أنها وقف بالتسامع أن كانت فى يد من يدعى ملكيتها فلا تقبل فيها الشهادة بالتسامع وإنما تقبل الشهادة بالتسامع إذا لم تكن كذلك للعلة المذكورة. وقد نقل هذا الرافعى رحمه الله فى تقريره على رد المحتار ومما نقله أن الملك الشرعى لا ينزع من يد المالك إلا بالشهادة على تسجيل الوقف لا بالتسامع قال ويؤيده ما نقله فى الهندية من أن أبا بكر سئل عن صدقة موقوفة استولى عليها ظالم وأنكر الوقف هل يجب على أهل القرية أن يشهدوا أنه للفقراء. فأجاب بقوله: من سمع من الواقف فله أن يشهد. وإن لم يسمع فلا يجوز أهـ. ثم قال إن مسألة الشهادة بالتسامع فى الوقف أصلاً وشرطاً لم تذكر فى ظاهر الرواية. وإنما قاسها المشايخ على الموت كما فى الخلاصة فليتنبه الفقيه لهذه الفائدة ولا يغتر بما شاع فى أعصارنا من الشهادة بالتسامع تثبت الوقفية وتوجب الانتزاع ممن يدعى الملكية. وليس كذلك لأنه لا سائبة. مع استيلاء اليد عليه أهـ ملخصاً منه نقلاً عن السندى.

وكيفية الشهادة على أصل الوقف أن يشهدوا أن فلانا وقفه على الفقراء أو القراء

(٤) المادة ٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠. وبها خرج الوقف وكل ما يتعلق به من الثبوت بالشهادة.

أو على مسجد كذا أو على أولاده الخ من غير أن يتعرضوا لذكر أنه شرط في وقفه كذا وكذا. غير أنه إذا كان الوقف قديماً قبلت الشهادة فيه من غير بيان الواقف وهذا عند أبي يوسف وعليه الفتوى.

وأما شرائط الوقف ففي قبول الشهادة عليها بالتسامع قولان مصححان، ففي الهداية والفصول العمدية لا تقبل لأنها لا تشتهر كأصل الوقف، وفي المجتبى تقبل واعتمده في المعراج وأقره الشرنبلالي وعزاه إلى العلامة قاسم وقواه في الفتح بقوله: وأنت إذا عرفت قولهم في الأوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها مصارف وشرائط أنه يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة - إذا عرفت هذا لم تتوقف عن تحسين ما في المجتبى لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع أهـ أى لأن الشهادة بالتسامع هي العمل بما لم يعاينه، والعمل في دواوين القضاة عمل بما لم يعاين أصله.

وأما العتق والولاء فقد قال السرخسي أن الشهادة في العتق بالسماع لا تقبل بالإجماع، لكن قال شيخه الحلواني أن الخلاف ثابت فيه. فعن أبي يوسف الجواز إذا كان مشهوراً والمعتمد عدم القبول. ومثل العتق الولاء لأن القائل بجواز الشهادة بالتسامع فيه هو أبو يوسف في قوله الأخير، ولكنه لم يصحح، فالمختار عدم قبول الشهادة بالتسامع في كل من العتق والولاء.

وأما المهر فأصح الروايتين قبول الشهادة فيه بالتسامح لأنه من توابع النكاح فكان كأصله.

فالحاصل أن الشهادة بالتسامع تقبل في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى إجماعاً، وفي أصل الوقف على الصحيح، وفي المهر على الأصح، وفي شرائط الوقف على أحد القولين المصححين، وفي العتق والولاء على قول مرجوح (٥).

(٥) هذا خلاصة ما قاله فقهاء المذهب الحنفى، أما الآن على ما فى القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فلا يجوز إثبات النكاح بالشهادة أصلاً فضلاً عن إثباته بشهادة مبنية على التسامع وكذلك أصل الوقف، وولاية القاضى لا حاجة بها إلى الشهادة والمهر تابع للنكاح وقد يثبت بالشهادة فى بعض الصور. وعلى هذا لم يبق مما تقبل فيه الشهادة المبنية على التسامع إلا القليل.

كيفية الشهادة بالتسامع :

ينبغي أن يطلق أداء الشهادة فيقول في النسب أشهد أن فلانا ابن فلان كما يشهد أن عليا ابن أبي طالب ويقول في النكاح أشهد أن فلانة زوجة فلان كما يشهد أن عائشة رضى الله عنها زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويقول في الموت أشهد أن فلانا مات وهكذا. فإذا فسر للقاضى فقال أنه يشهد بناء على ما سمعه لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد فى الأملاك تطلق الشهادة فإذا فسر بأن قال أشهد بأنه ملكة لأنى رأيته فى يده لا تقبل. وعلل ذلك فى التبيين بقوله لأن التسامع أو الرؤية فى اليد مجوز للشهادة بالملك، والقاضى يلزمه القضاء بالملك بالشهادة إذا كانت عن عيان ومشاهدة أو إطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل عليها. أما إذا كانت عن تسامع أو رؤية فى يده فلا يزيده ذلك علما فلا يجوز له أن يحكم كما لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه فى يد إنسان فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره. وهذا لأن القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب لا يجب، فكذا ينبغي أن لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به إلا أننا استحسنا فى المواضع التى تقدم ذكرها لضرورة التى ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس أهـ. وعلله فى حاشية العناية بأن اسناده لضعف دليل يريد أن يجعل العهدة على غيره أهـ. ونقل فى الفتح عن الفوائد الظهيرية أنهما لو شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالوا سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل، قال وقال صاحب العمدة لو قالوا أخبرنا بذلك من يثق به تقبل وجعله الأصح واختاره الخصاف. قال وفى فصول الاستروشنى: لو شهدا على النكاح فسألهما القاضى هل كنتما حاضرين؟ فقالا: لا. تقبل شهادتهما لأنه يحل لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا تقبل كأنهما قالوا لم نعاين، ولو شهدا وقالوا سمعنا لا تقبل فكذا هذا. أهـ. وأن شهد أنه حضر دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قيل لأنه

لم يشهد إلا بما علم (أنظر التبيين).

أقول والظاهر أنه حيث أجاز للشاهد أن يشهد بالسمع في المواضع التي بينها وجب أن يقضى بشهادته إذا فسر وإلا كان في المقام ما يشبه التناقض ولا معنى لبقاء القضاء في مثل هذا على القياس والأخذ في الشهادة بالاستحسان. وكل ما في الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما شهد به ولا يحملون القاضي ذلك لكن ما أجازوه فيها كان ينبغي أن يجيزوه فيه منعا للتدافع ولا معنى لهذا الهروب من أمر قرره واعترفوا به (وانظر تكملة رد المحتار والدر قبيل باب القبول وعدمه).

قال في التبصرة (٦). أن شهادة السماع لها ثلاث مراتب (الأولى) تفيد العلم وهي المعبر عنها بالتواتر كالسمع بأن مكة موجودة فهذه إذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم (الثانية) شهادة الاستفاضة وهي التي تفيد ظنا قويا يقرب من القطع ويرتفع عن شهادة السماع كما إذا شهد برؤية الهلال الجم الغفير من أهل البلد وشاع أمره فيهم لزم الصوم أو الفطر من رآه ومن لم يرده وحكمه حكم الخبر المستفيض لا يحتاج فيه إلى شهادة عند الحاكم ولا تعديل (الثالثة) شهادة السماع وهي التي يقصد الفقهاء الكلام عليها ويتعلق النظر بصفاتها وشروطها ومحلها. فأما صفتها فأن يقولون سمعنا سماعا فاشيا من أهل العدل وغيرهم أو يقولوا أنا لم نزل نسمع من الثقات. وهذه الشهادة تفيد ظنا دون شهادة الاستفاضة وأجيزت للضرورة أهـ، ثم بين شروطها ومحلها مما لا حاجة إلى إيراده هنا. وإذا أردت الاستقصاء في ذلك فراجع التبصرة والبهجة وحلى المعاصم ففيها الكلام واف جدا. وقد حكى في حلى المعاصم أقوالا أربعة في شهادة السماع. منها أنها تصح في كل شئ. ومنها أنها لا تصح في شئ، ومنها أنها تجوز في مسائل معدودة وقع النص عليها أهـ. وقد عد منها ابن جزى في قوانينه عشرين مسألة

(٦) في مذهب الإمام مالك. (المجلد الأول ص ٢٨٦ وما بعدها).

وأنظر التبصرة فهي فيها ٢٧ مسألة فارجع إليها إن شئت.
وأقول أن القول الأول من الأقوال الأربعة في غاية التفريط وفيه اضعاف قيمة
الشهادة، والقول الثاني في غاية الإفراط والتشديد، والقياس والنص يؤيدانه لولا
الضرورة. ومواضع الضرورات من المستثنيات شرعا وعقلا وقانونا.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه بنفسه،
واستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مسائل منها ما هو باجماع كالنسب والموت
والنكاح والدخول وولاية القاضي ومنها ما هو على الصحيح كأصل الوقف ومنها
وما هو على الأصح كالمهر ومنها ما هو على أحد قولين مصححين كشرائط الوقف
ومنها ما هو على قول مرجوع كالعق والولاء فاجازوا في هذه المسائل الشهادة
بالتسامع من الناس استحسانا وإن لم يعاينها الشاهد بنفسه (١).

- قبول الشهادة. شرطه. أن تكون ممن عاينها سمعا أو مشاهدة متى وافقت
الدعوى (٢).

- الأصل في الشهادة. وجوب معانيه الشاهد للواقعة محل الشهادة بنفسه (٣).

(١) طعن رقم ١٧ سنة ٥٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤/٢/١٩٨١، طعن رقم ١٢ سنة ٤٥ ق «أحوال
شخصية» جلسة ٩/٦/١٩٧٦، ١ سنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٦/١٠/٧٧، ١٦ سنة ٥٠ ق «أحوال
شخصية» جلسة ١٦/٦/١٩٨١، ١٣ سنة ٣٣ ق «أحوال شخصية» ١٤/١/١٩٧٦.

وباقى الأحكام المشار إليها في مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ص ٦٧٥ - ٦٨٠
قاعدة ١٨٩٣ - ١٩٠٧.

(٢) الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢١/١٢/١٩٩٩، الطعن رقم ١١ لسنة ٤٣ ق
«أحوال شخصية» جلسة ١٧/٣/١٩٧٦ - مجموعة المكتب الفني سنة ٢٧ ص ٦٨٥.

(٣) الطعن رقم ٨ لسنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٠/١/١٩٧٩ - مجموعة المكتب الفني سنة ٣٠
ص ١٧٤.

الشهادة. الأصل فيها وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الشهادة بالتسامع في إثبات أو نفى مضارة أحد الزوجين للآخر. غير جائزة. البيئة فيها- وفقاً للمراجع في فقه الأحناف- شهادة أصلية من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول. اعتداد الحكم المطعون فيه بالشهادة السماعية في إثبات مضارة الطاعن بالمطعون ضدها. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه موجب للنقض. أثره. التزام محكمة النقض بالفصل في الموضوع. الفقرة الأخيرة من المادة ٦٣ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ (٤).

- الشهادة في اصطلاح الفقهاء- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- الأصل فيها انه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه بالعين أو بالسمع بنفسه. واستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مواضع أجازوا فيها الشهادة بالتسامع استحسنانا ليس من بينها ثبوت أو نفى الضرر المبيع للتطبيق (٥).

(٤) الطعن رقم ٦٤٣ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية»- جلسة ١١/١٢/٢٠٠٠.

، الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية»- جلسة ١٧/١/٢٠٠٠.

، الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨/٦/١٩٩٩.

، الطعن رقم ٥٢٣ لسنة ٦٨ ق «أحوال شخصية» جلسة ٧/٦/١٩٩٩.

، الطعن رقم ٣٩ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٥/١/١٩٩٩.

، الطعن رقم ١٩٦ لسنة ٦٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٥/٢/١٩٩٩.

، الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٦٢ قضائية- أحوال شخصية- جلسة ٢٢/٤/١٩٩٦.

، الطعن رقم ٨٨ لسنة ٦٢ قضائية- أحوال شخصية- جلسة ٢٩/١/١٩٩٦.

، الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٦١ قضائية- أحوال شخصية- جلسة ٢٢/١/١٩٩٦.

(٥) الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٦٨ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩/١١/٢٠٠٢،

الطعن رقم ١٢ سنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٠/٥/١٩٧٨- مجموعة القواعد القانونية في خمسين

عاما ص ٦٧٩ قاعدة ١٩٠٣.

الأصل فى الشهادة. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه عيناً أو سماعاً. الشهادة بالتسامع فى إثبات أو نفى الأوجه التى تستند إليها الزوجة فى امتناعها عن طاعة زوجها. غير جائزة. نصابها شهادة أصلية من رجلين عدلين أو من رجل وامرأتين عدول. عدم اعتداد الحكم المطعون فيه بها فى إثبات عدم أمانة المطعون ضدها على الطاعة. صحيح (٦).

- الأصل فى الشهادة. وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه. الاستثناء. الأحوال التى تصح فيها الشهادة بالتسامع. ليس من بينها التطبيق للمضرر (٧).

(٦) الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٧١ ق احوال شخصية جلسة ٢٠٠٣/٢/٨

، الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٧١ ق احوال شخصية جلسة ٢٠٠٣/١/٢٥

، الطعن رقم ٧٦ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٠٠٠/١٢/٢٥

، الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٦٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٩/٧/١٣

(٧) الطعن رقم ٦٤٠ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٠٠١/٦/١١

، الطعن رقم ٦٨ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٠٠١/١/٦

، الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٦

الطعن رقم ٤١١ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٠٠٠/٣/٢٧

، الطعن رقم ٦٢ لسنة ٦٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٧/٢/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى لسنة ٤٨

ص ٢٣٥.

الفصل الرابع

أداء الشهادة والامتناع عن أدائها

الفرع الأول

أداء الشهادة

من نحمل شهادة على قول أو فعل فما كان من حقوق الله تعالى فعلى الشاهد أن يؤدي شهادته حسبة أمام القضاء لأن صاحب الحق وهو الله سبحانه وتعالى يطلب منه ذلك.. ويكون هذا الشاهد مدعيا أيضا بما تحمله على ما أسلفنا وعلى ما سيأتي (١).

وما كان من حقوق الناس وجب على الشاهد أن يؤدي شهادته به بعد أن يطب منه صاحب الحق ذلك، وليس له أن يشهد على ما تحمله بدون طلب، إذ لصاحب الحق أن يطلب حقه وله أن يتركه، على ما يتراءى له (٢). وإذا كان الشاهد قد تحمل الشهادة ولم يعلم صاحب الحق

(١) وقد استوفيت القول في دعوى الحسبة بلا مطمع فيه لمستزيد في كتاب الدعوى. وانظر ما سيأتي إن شاء الله في

الفصل الثالث عشر

(٢) نقلنا في كتاب الدعوى لنا مسألتين اولاهما عن الانتقوية، واخرى عن واقعات المفتين. اما الاولى فهي: اذا ارادت المرأة اثبات مؤخر صداقها على الزواج فلها ذلك. وان لم يكن لها المطالبة في المال وكذلك من له الدين المؤجل اذا اراد اثباته فله ذلك وان لم يكن له حق المطالبة به في الحال والثانية انه يجوز اثبات الدين الذي على الميت بحضرة الوارث أو الوصى وان لم يكن في يد احدهما شئ من التركة لما في الاثبات من الفائدة وهي التمكن من أخذ مال الميت عند الظهور. وقال الاستاذ عبدالحميد أبوهيف بك رحمه الله في صفحة ٦٥٧ بند ٩٢٢ اذا لم يكن هناك دعوى اصلية نشأت عن الشهادة فهل يجوز استماع الشهود في نقطة معينة بصفة اصلية حتى يحصل الطالب على الاثبات ليقدمه وقت الحاجة؟ المسألة فيها نظر إلا أن عادة المؤلفين وفي مقدمتهم جارسونية لا يرون بأسا من استماع الشهادة اذا كان لها لزوم وكانت مثبتة لحق جائز اثباته بالبينة بحسب القانون المدني اذ القانون يرمى بطبيعته لحفظ الحقوق بقدر المستطاع.

وقال الاستاذ محمد العشماوى بك في كتابه قواعد المرافعات صفحة ٣٢٠ هل يجوز الركون إلى التحقيقات (أى سماع شهادة الشهود) بدعوى اصلية بغير ان تكون هناك خصومة قائمة على الموضوع الاصلى ليمكن الطالب من الحصول على الدليل الذى يؤيد به مزاعمه أو دفاعه عندما يقوم النزاع فيما بعد؟ وهل تقبل المحاكم مثل هذه الدعاوى وتسير في التحقيق بغير ان يكون هنا قضية اصلية منظورة أمامها؟

بأن له شاهدا على ما يدعيه وجب عليه أن يعلمه بذلك وأنه مستدع لتأدية شهادته.. ثم أن كان الشاهد قد تعين لأداء الشهادة كان وجوب الأداء عليه فرض عين، وإن كان هناك من يقوم به الأداء دونه كان الأداء عليه فرض كفاية (راجع كتب الأصول).

والدليل على أن الشهادة فرض قوله تعالى «ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه» وقول «وأقيموا الشهادة لله» وقوله «ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» (٣) وقد انعقد على فرضية تأدية الشهادة الاجماع وفى تأدية الشهادة عمل إنسانى عظيم وصيانة للدماء والأموال وسائر الحقوق من أن تذهب هدرا وتعاون على ما فيه الخير العميم للمجتمع الإنسانى مما يعود على الأفراد جميعا (٤).

= قال - والجواب عن ذلك أننا لو أخذنا بقاعدة أن المصلحة مقياس الدعاوى، وأنه كلما تحققت المصلحة جاز رفع الدعوى كان مثل هذه الطلبات مقبولا. لأن للطالب كل المصلحة فى أن تسمع الشهود قبل أن يتفرقوا ويصعب الحصول عليهم عند قيام النزاع أو قبل أن تدركهم الوفاة فيصبح الالبات ممتنعا، أو قبل أن تضع تفاصيل الحوادث من ذاكرتهم فتضعف الثقة بأقوالهم عند الحاجة إليها. ولكن رأى القضاء قد استقر على عدم جواز الركون للتحقيقات إلا بصفة تبعية لخصومة قائمة وذلك بحجة أن القانون لم يتناول غير هذا النوع مما يدل على أنه لا يجوز السير فى التحقيق بدعوى أصلية ترفع بعيدة عن كل منازعة أهـ. أقول ولكن لقائل أيقول إن سكوت القانون لا يدل على ما استقر عليه القضاء، فليس لساكت قول، وإذا يكون المرجع فى هذا هو المصلحة التى إنما وضع القانون لحمايتها وأسباب سماع مثل هذه الدعوى وجيهة جدا، ولكن ذلك مما يزيد العبء على القضاة فلعلهم استراحوا إلى المنع لأجل هذا.

وقد قال الأستاذ العشماوى بك (فى الهامش) قد كانت التحقيقات بدعوى أصلية جائزة قبل صدور لائحة سنة ١٨٩٧ التى منعتها بنص صريح إذ تبين للمشرع أنها اتخذت كوسائل للكيد أهـ. وأقول كان الواجب أن تستبعد الدعاوى الكيدية وأن يتحمل أصحابها عبء نفقات الدعوى كلها وأن يجازى سىء النية منهم بما يقضى به العدل. يقارن بالمادتين ٩٦ ، ٩٧ من قانون الالبات.

(٣) قيل فى تأويل قوله تعالى: «ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» أنه يحتمل أن يكون النهى عن الأباء لأجل التحمل إذا دعى إليه، كما يؤخذ من ظاهر سياق الآية، ويكون اسم الشهداء مجازاً فيمن سيتصف بالشهادة فيما بعد. ويحتمل أن يكون المراد نهى من تحملوا الشهادة عن الأباء عن أدائها إذا دعوا إلى ذلك. قال فى فتح القدير وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ.

(٤) أنظر تبصرة ابن فرحون جزء أول ص ١٦٥، ٦٦.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

- من المقرر في المذهب الحنفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن بلوغ الشاهد وأن كان شرطاً لأدائه الشهادة لما فيها من معنى الولاية على المشهود عليه، إلا أنه ليس شرطاً لتحمله بها إذ يكفي لا مكان علمه بالحادثة وفهمها وقت حدوثها أن يكون عاقلاً فيصح تحمله به ولو كان صبياً مميزاً. (١)

- يكفي لصحة الأداء في الشهادة البلوغ. فلا يصح أداء الصبي وإن كان عاقلاً، أخذاً بأن في الشهادة معنى الولاية على المشهود عليه، لأن بها يلزم بالحق ويحكم عليه به، والصبي لا ولاية له على نفسه فلا ولاية له على غيره من باب أولى، ولئن كان من أوفى على السادسة عشرة من عمره يكون بالغاً، إلا أنه لما كان يتعين انتفاء التهمة عن الشاهد هو شرط لازم لترجيح جانب الصدق على جانب الكذب في الشهادة. فلا تقبل شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا، ولا شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا، اعتباراً بأن الولد بضعة من الوالد، دون تفرقة بين كون الواقعة المشهود عليها من المسائل الشرعية أو الخلافات المالية لتوافر التهمة في الحالين، فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائي فيما جرى عليه من استبعاد ابن الطاعن من الإدلاء بشهادته يكون قد إلتزام النهج الشرعى السليم، لما كان ذلك، وكان لا يسوغ القول بأن استبعاد الشهادة، على النحو السالف ينطوى على حرمان الطاعن من استكمال نصاب الشهادة طالما أنه لم يقدّم الدليل على أنه طلب من محكمة الموضوع وبطريقة جازمة إتاحة الفرصة له للاستعانة بآخر بدلاً من ابنه الذى رفضت سماع شهادته.. وإذ كانت المحكمة غير ملزمة بلغت نظر الخصوم إلى مقتضيات دفاعهم فإن النعى يكون على غير أساس. (٢)

- أداء الشهادة. شرط صحتها. عدم وجوب تعريف الشاهد للخصوم باسمائهم ونسبهم. كفاية تعيينه لهم تعييناً نافياً للجهالة. (٣)

(١) طعن رقم ٤٥ لسنة ٤٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤ / ١١ / ٨١، طعن رقم ٦ لسنة ٢٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ٧ / ١ / ٧٦، طعن رقم ٨ لسنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٠ / ٧ / ٧٩ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٧٣ قاعدة ١٨٨٧.

(٢) الطعن رقم ٨ لسنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٠ / ١ / ١٩٧٩ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٠ ص ١٧٦

(٣) الطعن رقم ٣٧ سنة ٥٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ٨ / ١٢ / ١٩٨١

الفرع الثانى

الإمتناع عن أداء الشهادة

تعزير الشاهد

إذا تعين الشاهد للشهادة وأبى الحضور إلى مجلس القضاء لأجل أدائها، أو حضر وامتنع عن الأداء وكان هذا كله بغير عذر فإنه يستحق التعزير لأنه امتنع عن أداء أمر مفروض عليه أدائه شرعا كسائر الفروض الدينية فهو بامتناعه بدون عذر يكون آثما ومستقحا لأن يعزر، والتعزير كما يكون على فعل إيجابى، يكون على أمر سلبى كترك الصلاة.

إذا تقرر هذا القول قد كانت اللوائح الشرعية خالية من ذكر تعزير الشاهد إذا دعى ولم يحضر ولعل قضاة الشرع وقتئذ كانوا يلتمسون للشاهد عذرا. أو لا يأبهون لهذا، حتى جاء القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٠ فقررت المادة السادسة منه تعزير الشهود إذا امتنعوا بدون عذر، ونقل نص هذه المادة فى المرسوم بقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ وهو اللائحة الشرعية فى المادة (١٧٣) وهاك النص (١).

إذا امتنع الشهود عن الحضور بمجرد طلب الخصم ذلك منهم وجب تكليفهم بالحضور على يد محضر أو أحد رجال الضبط بميعاد يوم واحد مقدما غير مواعيد المسافة المبينة بالمادة (٥٣) من هذه اللائحة. فإذا لم يحضر الشاهد لأداء الشهادة بعد تكليفه بالحضور على الوجه المعتبر قانونا يحكم عليه بغرامة قدرها مائة قرش أميرى. وإذا انقضى الحال حضوره يكلف ثانيا بالحضور وعليه مصاريف ذلك التكليف. وإذا حضر من دعى للشهادة وامتنع عن الاجابة أو امتنع الشاهد عن الحضور بعد تكليفه به مرة ثانية يحكم عليه بغرامة قدرها مائتا قرش أميرى وإذا حضر الشاهد الذى تأخر عن الحضور وأبدى أعذارا صحيحة جاز اعفاؤه من الغرامة بقرار من المحكمة التى أصدرته أه.

(١) النيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

تراجع المادتين ٧٧، ٧٨ من قانون الأثبات ويقابل المادتين ٥٩، ٦٠ من مشروع قانون الأثبات فى المواد المدنية والتجارية.

وهذه المادة مقتبسة من قانون المرافعات الأهلى من المواد ١٨٧ و ١٩١ و ١٩٣ و ١٩٥ و ١٩٦ وقد نصت المادة (١٩٤) مرافعات على أنه يجوز للمحكمة أو القاضى المعين للتحقيق أن يصدر أمرا بإحضار الشاهد رغما عنه (؟) وليس فى اللائحة الشرعية ما يقابل هذا النص وإذا ليس للمحاكم الشرعية إحضار الشاهد جبرا عنه لأن قانونها سكت عن ذلك فوجب الرجوع إلى الأصل.

كذلك نص قانون تحقيق الجنايات على نظير ما نص عليه قانون المرافعات أنظر المواد ٨٥ فقرة أخيرة و ١٤١ و ١٦٧.

وعقوبة الشاهد الممتنع عن الحضور الى المحكمة بدون عذر بيديه أو الممتنع عن أداء الشهادة بعد الحضور فى المواد الجنائية سواء أكان ذلك أمام النيابة أم أمام قاضى التحقيق أم أمام المحكمة تختلف نوعا ومقدارا على حسب أهمية الموضوع المطلوب من الشاهد أن يؤدى شهادته عليه. (٢)

على أن الشاهد لو دعى الى الحضور ولم يحضر فحكم عليه ثم حضر وأبدى اعتذاراً مقبولا فانه يعفى من العقوبة .

الإعذار التى تبيح للشاهد الامتناع عن أداء الشهادة :

١ - وقد استثنى القانون أنواعا من الناس من التعزير بسبب الامتناع عن أداء الشهادة مطلقا وهم ثلاثة أقسام.

وقد نص قانون الأثبات عليها: (٣)

الأول مادة ٦٥: الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم فى أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانونى ولم تأذن السلطة المختصة فى إذاعتها ومع ذلك فهذه السلطة أن تأذن لهم فى الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم.

(٢) الغرامة فى المادة ٧٨ من قانون الأثبات ألفا قرش وإذا تخلف الشاهد بعد إعادة تكليفه بحكم عليه بضعف الغرامة.

(٣) وهى تقابل المواد ٤٦، ٤٧، ٤٨ من مشروع قانون الأثبات فى المواد المدنية والتجارية.

الثاني: مادة ٦٦: لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد إنتهاء خدمته أو زوال صفته مالم يكن ذكرها مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة.

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها اليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة به.

الثالث مادة ٦٧: لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضا الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالها الا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو اقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر. الاعذار التي تبيح للشاهد ألا يذهب إلى مجلس القضاء لتأدية الشهادة :

فرضية الشهادة شرعا مقيدة بعدم ضرر الشاهد. قال الله تعالى «ولا يضار كاتب ولا شهيد» وقال صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار».

٢ - والاعذار التي رأى الفقهاء أنها تبيح للشاهد ألا يذهب الى مجلس القاضى لأداء الشهادة، أو تبيح له إلا يؤدي الشهادة أصلا تنقسم إلى مادية وأدبية محققة الحصول أو مظنونة الوقوع فى المستقبل .
وهاك جملة القول فى ذلك.

إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور تنتقل المحكمة لسماع شهادته.

ولها أن تندب أحد قضاتها لسماعها (٤)

وقد فسر العذر بالمرض أو التقدم فى السن أو أن تطلب الشهادة من سيدة ذات خدر ويجب على كل حال أخذ شهادة الشاهد حضر الخصوم أم لم يحضروا.
وأقول أن المناط فى ذلك هو دفع المشقة عن الشاهد وقد لاحظ ذلك فقهاء الشرع وفقهاء القانون جميعا.

(٤) المادة ٨١ من قانون الأثبات والمادة ٦٣ من مشروع قانون الأثبات فى المواد المدنية والتجارية.

ومن الأعذار التي تبيح للشاهد عدم تأدية الشهادة بعد مكانه من موضع القاضى فإن كان بعيدا بحيث لا يمكنه أن يغدو إلى القاضى لأداء الشهادة ويرجع إلى أهله فى يومه فلا أثم عليه بعدم الاداء لأنه يلحقه الضرر بذلك. هذا هو ما قاله فقهاء المذهب الحنفى.

وجاء فى التبصرة. (مالكى) أن الشاهد يتعين عليه الأداء إذا كان على نحو البريدين (٥) لقلة المشقة، فإن كانت المسافة أكثر من بريدين لم يجب عليه الذهاب. قال وتحديد البريدين لا يقوم عليه دليل، والأصل فى ذلك المشقة وانتفاؤها. فإذا كانت المسافة لا يجب منها الأداء فإن القاضى يكتب إلى رجل من ثقاته فيوقع هذا الشاهد شهادته ويكتب إلى القاضى بما أدى عنه فينظر فيه.

ومما نص عليه علماؤنا أن الشاهد لو خاف على نفسه من المشهود عليه لو أدى الشهادة ضده وكان المشهود عليه قادرا على إيقاع الأذى بالشاهد كان للشاهد أن يمتنع عن الأداء. وليس لهذا نظير فى نصوص القانون. ولا شك أن هذه الملاحظة جديرة بالعناية، والمشاهدات المتكررة عندنا كل يوم تؤديها فالواجب إذا على ما أرى هو أن يشجع الشاهد على تأدية شهادته بما يشعره بأن هذا واجب دينى وإنسانى عليه وأن يربى الناس على ذلك، ويوضع فى قانون العقوبات نص يشدد العقوبة على من يتعدى على غيره بالأذى والضرر بسبب تأدية شهادة من المعتدى عليه ضد المعتدى، هذا هو الحل على ما أرى.

ومن الأعذار أيضا ألا يكون القاضى عدلا فللشاهد أن يمتنع عن الأداء عند غير العدل لأنه ربما لا يقبل شهادته ويجرحه، وفى هذا ضرر أدبى للشاهد. لكن لو غلب على ظن الشاهد أن القاضى يقبل شهادته لشهرته ينبغى أن يتعين عليه الأداء. وهذا أيضا ليس له نظير فى القانون.

(٥) مقدار البريد أربعة فراسخ ومقدار الفرسخ ثلاثة أميال فالبريد اثنا عشر ميلا ومقدار ذلك على التقريب ١٨ كيلو متر وعلى هذا يكون مقدار البريدين ٣٦ كيلو مترا تقريبا.

ومن الأعذار أيضا أن يعلم من طريق يثق به أن ما دعى للشهادة عليه قد تغير الحال بالنسبة له كما لو استدعى لأداء الشهادة على دين قد حضر عقده بنفسه ثم علم من الثقة أن الدائن استوفاه من المدين، لكن ليس مع المدين حجة تدل على براءة ذمته. أو كان حضر عقد زواج ثم استدعى لتأدية الشهادة عليه وكان قد علم أن الزوجة بانت من زوجها بينونة كبرى (مثلا) فله أن يمتنع عن الأداء لأن باطن الأمر أصبح غير ظاهره. والأحسن أن يعلم القاضى بكل ذلك.

وكذلك لا يحل للشاهد أن يؤدي الشهادة على إقرار إذا علم أنه إنما أقر خوفا. ولا يحل له أيضا أن يؤدي الشهادة الا اذا كان متذكرا لها على وجهها تماما فإن فاته شيء مما رأى أو اختلط عليه الأمر وأجبر على الأداء وجب عليه أن يقول ما يعرفه يقينا فقط ويمتنع عن غيره أو يسوقه مساق التردد إذا كان الأمر قد اشتبه عليه ولا سيما لطول الزمن ، والقاضى هو الذى يقدر قيمة شهادته.

الفرع الثالث

مصاريف الشاهد

قال فى النبصرة - لا يجوز للشاهد أن يأخذ من المشهود له شيئا بسبب أداء الشهادة لأن فى ذلك طلب عوض على واجب كطلبه أخذ العوض على صلاة نفسه، إلا فى الركوب لعسر المشى عليه لأنه حينئذ يشبه من سقط عنه أداء الشهادة، وأيضا فممنفعة الركوب ليست للشاهد بل هى مقصورة على المشهود له ولو كان الشاهد لا يقدر على النفقة جاز له قبولها ولو أخبر القاضى بذلك لكان حسنا، وقيل تبطل شهادته بذلك أن لم يكن مبرزا من العدالة.

وأما أن كانت المسافة بعيدة مثل ما تقصر عليه الصلاة فأكثر ولم يكن للقاضى أمين يشهد هذا الشاهد عنده فلا يضر الشاهد أكل طعام المشهود له، وإن كان له مال، وكذلك ركوب دابته، وكذلك أن احتجب السلطان عن فصل الحكم لم يضر الشاهد أن ينفق عليه المشهود له ما أقام منتظرا له، إذا لم يجد من يشهد على شهادته ثم ينصرف أهـ.

إذا طلب الشهود مقابل تعطيلهم فيصير تقديره لهم. وتكون نافذة على الخصم الذى أحضر الشهود.

إذا لم يترتب على شهادة الشهود فائدة ما للدعوى فتكون مصاريف تكليفهم بالحضور ومصاريف سماع شهادتهم على الخصم الذى أحضرهم. وجاء فى كتاب قواعد المرافعات (للعشماوى باشا) تعليقا على هذا مانصه.

ليس الشهود مكلفين أن يضاروا فى سبيل قيامهم بواجب أداء الشهادة بل يجب على المحكمة تعويضهم عما تحملوه من النفقات وتثبت تقديرها فى المحضر ويعطى للشاهد صورة من هذا الأمر، ويكون نافذا على الخصم الذى أحضر الشهود. ولهذا الأخير أن يرجع بها على الخصم الذى خسر

الدعوى، والتزم بمصاريفها، وقد أوجبت المادة (٣٤) من لائحة الرسوم للمحاكم الأهلية على كاتب المحكمة أن يطلب من القاضى تقدير مبلغ يودع فى الخزينة ليستوفى الشهود منه مصاريفهم بعد أداء الشهادة حتى لا يتكبدوا مشقة فى الحصول عليها أهـ وكذلك الحكم إذا كانت الشهادة فى غير المسائل المدنية عملاً بنص المادة (٩٢) من قانون تحقيق الجنايات إذ جاء فيها - كافة القواعد والأصول المقررة قانوناً فيما يتعلق بالشهود فى المواد المدنية تتبع فى المواد الجنائية إلا إذا وجد نص يخالف ذلك أهـ. ولم يوجد فى قانون تحقيق الجنايات ما يخالف نص المادتين (٢٩١) و (٢٢٠) مرافعات أهلى.

ويلاحظ أن اللائحة الشرعية سكتت عن مصاريف الشهود مع كونها تعرضت لتعزيز الشاهد الممتنع عن الحضور لأداء الشهادة وجاء نصها مطلقاً بالنسبة لمكان الشاهد. وليس من العدل ألا يعطى الشاهد النفقات التى تكبدها بسبب الشهادة فيجب أن ينسحب على هذا نص قانون المرافعات المذكورة آنفاً. وتنص المادة ٩٢ من قانون الإثبات على تقدير مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم

الفصل الخامس

شروط أداء الشهادة

الفرع الأول

المكان

يشترط أن تكون الشهادة بمجلس القاضى (١) لأن الغرض من الشهادة الحكم بموجبها فلا بد أن تكون بحضرة الحاكم فى مجلس حكم الذى نصب ليفصل فيه بين المتنازعين، فلو أخبر بها فى غير ذلك المجلس فلا تعتبر ولو كان القاضى حاضرا.

وأما المحكم فليس له مجلس معين كالقاضى ذى الولاية العامة. بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه.

لكن لو قال الإمام للقاضى أقض فى أى مكان حللت فيه وفى أى وقت ترفع إليك فيه الخصومة جاز ذلك (أنظر تخصيص القضاء) لكن يشترط على كل حال أن تكون الشهادة أو نقلها فى المجلس الذى نصب فيه نفسه للحكم.

ويشترط أن تكون الشهادة بمواجهة الخصمين إذا كانا حاضرين بمجلس القاضى مع اشارة الشاهد عند أداء الشاهدة إلى كل منهما ولا حاجة إلى ذكر اسمهما ونسبهما فى هذه الحالة لان الاشارة ابلغ فى التعريف بالشخص من تعريفه باسمه ونسبه لانه فى الحالة الأولى معين تعيينا ينتفى معه كل احتمال بخلاف الحالة الثانية مهما بولغ فيها فالاحتمال قائم وان كل ضعيفا. وعلى ذلك لو عرفهما باسمهما ونسبهما وهما حاضران ولم يشر إليهما لا يكتفى منه بهذا التعريف لما ذكرنا. أما إذا كانا غائبين أو أحدهما فلا سبيل إلى تعريفهما أو تعريف الغائب منهما إلا باسمه ونسبه، أو بما يشتهر به تكون الشهادة حينئذ بمواجهة من ينوب شرعا مناب الغائب منهما من وكيل أو وصى.

(١) وقد يكون أداء الشهادة فى مجلس آخر ثم تنقل الشهادة إلى مجلس القضاء المنظورة فيه الدعوى.

مادة ٧٢ من قانون الأثبات يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها - عند الاقتضاء - أن تندب أحد قضائها لاجرائه.

نصت المادة ٥٤ من مشروع قانون الأثبات والمواد المدنية والتجارية ذات النص.

قال فى الخانية: ادعى دينا على رجل فوكل المدعى عليه رجلين بالخصوصة فأقام المدعى شاهدا على أحد الوكيلين وشاهدا على الوكيل الآخر جاز، وكذا لو أقام شاهدا على الموكل وشاهدا على الوكيل أو أقام المدعى عليه شاهدا وعلى وارثه أو وصيه بعد موته شاهدا أو كان للميت وصيان فأقام المدعى شاهدا على أحدهما وشاهدا على الآخر جاز أ. هـ.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

الشهادة فى اصطلاح الفقهاء.. ماهيتها. يخرج عنها الاخبار الكاذب والاخبار الصادق فى غير مجلس الحكم أو الخالى من ذكر الشهادة (١).

- المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان شروط صحة أداء الشهادة فى المذهب الحنفى ان لم يكن الشاهد عالما بالمشهود به وذاكرا له وقت الأداء. فلو نسى المشهود به لم يجز أن يشهد، وأن يكون المشهود به معلوما حتى يتيسر القضاء به، ولا يكون كذلك إلا إذا وضع الشاهد للقاضى صاحب الحق ومن عليه الحق ونفس الحق المشهود به، والغرض المستهدف هو التعريف لا كثرة الحروف، فحيث تحقق التعريف وثبت لدى القاضى علم الشاهد بالمدعى والمدعى عليه اللذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيق اكتفى به وصح الاعتداد بالشهادة ولما كان البين من الاطلاع على محضر التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن الطاعن تخلف فى جلسة التحقيق عن الحضور بينما مثلت المعطون عليها وأشهدت شاهديها فى غيبته وكانت أقوالهما بينة الدلالة على انها تنصب على الخلاف بين الطاعن والمطعون عليها بالذات وأن لم يصرحا بذكر أسمهما فإن هذا كاف فى التعريف بهما وتعيينهما تعيينا نافيا لأى جهالة بحيث ينتفى أى احتمال، وإذ سائر الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المعطون فيه هذا النظر فانه يكون قد التزم المنهج الشرعى السليم (٢).

(١) الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٦ ق أحوال شخصية مجموعة المكتب الفنى لسنة ٢٩ ص ١٣٨٣

(٢) الطعن رقم ٢٧ سنة ٤٧ ق أحوال شخصية - جلسة ٢٩/١١/١٩٧٨ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض

فى خمسين عاما ص ٦٧٢ قاعدة ١٨٨١

الفرع الثانى

نفس الشهادة

يشترط أن يؤدى الشاهد شهادته بلفاظ أشهد.

وجعله فى التنوير وغيره ركن الشهادة، وعلى القول بأنه شرط لا ركن تكون الشهادة، هى حكاية الشاهد ما شاهده بحضرة القاضى لكن ما يخبر به لا يعتبر شهادة شرعا إلا إذا قال الشاهد «أشهد» ولفظ أشهد شرط فى كل ما يشهد به أمام القاضى وبه قال عامة العلماء وهو الراجح. وقال فى التبیین والفتح: العراقيون لا يشترطون لفظ الشهادة فى شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الإخبار لا من باب الشهادة، لكن الصحيح أنه من باب الشهادة لأن يشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية وملجس الحكم وغيرها أهـ.

وأما سبب اشتراط تأدية الشهادة بلفظ «أشهد» أو اعتباره ركن الشهادة فقد قال فى البدائع ما نصه: وأما الشرائط التى ترجع إلى نفس الشهادة فأنواع: منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من الألفاظ كلفظ الإخبار والأعلام ونحوهما، وإن كان يؤدى معنى الشهادة تعبدا غير معقول المعنى أهـ. وقال فى الهداية والفتح: إن النصوص نطقت باشتراط هذه اللفظة قال تعالى «وأشهدوا ذوى عدل منكم» «وأشهدوا إذا تبايعتم» «واستشهدوا شهيدين من رجالكم» «فاستشهدوا عليهن أربعة منكم» «وأقيموا الشهادة لله» وقال عليه السلام «إذا علمت مثل الشمس فاشهد» وحاصل هذا النص أن النصوص وردت بلفظ الشهادة فإن قيل غاياتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى «وربك فكبر» ولم يرد من السنة فى تكبير الافتتاح إلا بلفظ التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم «تحريمها التكبير» ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند أبى حنيفة فمن أين لزم فى الشهادة؟ قلنا: الفرق معنوى وهو أن لفظة الشهادة أقوى فى إفادة تأكيد متعلقها من غيرها من الألفاظ كأعلم وأتيقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التى مرجعها الحس، ولأنها من ألفاظ الحلف. فالامتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر، وقد

وقع الأمر بلفظ الشهادة فى قوله تعالى: «وأقيموا الشهادة لله» وقوله عليه الصلاة والسلام «إذا رأيت مثل الشمس فأشهد» فلزم لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فإنه التعظيم وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل وأعظم، فكانت الألفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر أهـ.

أقول إن عجيبا من مثل صاحب الفتح أن يقتنع بمثل هذا الكلام.

فأولاً استدلاله بقوله تعالى: «وأقيموا الشهادة لله» وبقوله عليه السلام «إذا رأيت الشمس فأشهد» على أن الأمر وقع بلفظ الشهادة، فكيف هذا وكل ما فى الآية الكريمة هو الأمر بإقامة الشهادة لله وليس فى ذلك ما يستلزم أن يكون الأداء بلفظ مشتق من مادة (ش.ه.د) فضلا عن لفظ أشهد بخصوصه، إقامة الشهادة قد تأتى بغير ذلك اللفظ ولا أحسب أن هذا يخفى على مثل صاحب الفتح فى جلالة قدره ومثانة علمه بل هو لا يخفى على من دونه بدرجات. والاستدلال بالحديث على ذلك أبعد من الاستدلال بالآية والأمر ظاهر.

(ثانيا) إن ذلك الفرق المعنوى بين لفظتى الشهادة والتكبير ممنوع كيف وذلك المعنى الذى يستفاد من تأدية الشهادة بلفظ أشهد يمكن أن يستفاد من مثل قول الشاهد «إنى رأيت ما أخبر به الآن بعينى التى هى فى رأسى، وسمعت كلام المدعى عليه بإذنى سمعا حقيقيا» وإنى متأكد مما أقول وأقسم بالله العظيم أنى لصادق» فهل تقصر مثل هذه العبارة عن أن تؤدى المعنى المستفاد من لفظ أشهد أو هى تزيد عليه؟ على أنه كم شاهدا يشعر بأن فى قوله «أشهد» معنى اليمين، بل هل ورد عن العرب أن لفظة أشهد تؤدى معنى الإخبار عن معاناة مع تضمنها القسم فى آن واحد، فمن ادعى هذا فمن يوثق بنقله من أئمة اللغة؟ فالمسألة فى الحقيقة من قبيل المشترك اللفظى، وهل يتناول اللفظ المشترك فى استعمال واحد معنويه معا أو جميع معانيه (١).

(ثالثا) إن التكبير جاء فى الصلاة التى هى من العبادات، والشهادات جاءت فى المعاملات. والأصل عند المحققين من أئمة الشريعة أن أحكام المعاملات معاملة معقولة المعنى جملة وتفصيلا بخلاف العبادات، فباللعجب كيف يدخل رأى

(١) راجع كتب الأصول فى مبحث المشترك.

معقولة المعنى جملة وتفصيلاً بخلاف العبادات، فياللعجب كيف يدخل الرأى والقياس فى العبادات وكيف يمنع فى المعاملات؟ على أنه من الذى يدرينا أن معنى أجل وأعظم أبلغ من المعنى أكبر عند الشارع أليس للشارع وحده أن يتعبدنا بما شاء فمنه الأمر وعلنيا الامتثال، ولا معنى للتعبد إلا هذا، أما إذا دخل المسألة الرأى فقد ضعف جانب التعبد قليلاً أو كثيراً، وما الذى يدرينا أن هذا الذى استنبطناه الرأى يكون عبادة يرضاها الشارع منا؟

فالأسلم فى جانب العبادة أن تكون بمعزل عن الرأى والقياس. وأما المعاملات الدنيوية فجانب المعنى فيها فى غاية الظهور فلا معنى لأن يدخلها التعبد. فالحق أنه لا دليل لا من الكتاب ولا من السنة ولا من القياس على اشتراط أن يكون الأداء بلفظ الشهادة فضلاً عن لفظ أشهد (٢) بخصوصه. والله الهادى إلى سواء السبيل.

وعلى ما قالوه إذا ترك الشاهد لفظ أشهد لا تقبل شهادته، غير أنه إذا قال له القاضى بعد أن يخبره بالحادثة «أتشهد بذلك» فإن قال الشاهد أشهد به كانت شهادته مقبولة، وقد نص على ذلك فى المادة (١٦٧٩) من المجلة العدلية والمادة (١٧٣) من لائحة المحاكم الشرعية السابقة، لكن هذه المادة الأخيرة الغيت بالمرسوم بقانون الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ وأحلت اليمين محلها على ما سيأتى.

ومحل اشتراط الفقهاء لفظ أشهد انما هو فى الشهادة الملزمة التى يترتب عليها وجوب الحكم على القاضى وهى المعنية بالشهادة عند الاطلاق.

(٢) نقل فى ظفر اللاضى عن ابن القيم أنه حكى عن الإمام أحمد فى ذلك ثلاث روايات: (الأولى) اشتراط لفظ الشهادة (الثانية) الاكتفاء بمجرد الأخبار وأخبارها أين تيمية (الثالثة) الفرق بين الشهادة على الأفعال فيشترط لفظ الشهادة، والشهادة على الأقوال فلا يشترط، بل أن يقول سمعته يقر بكذا أهـ. ملخصاً وهو منقول عن كتاب بدائع الفوائد لابن القيم. ومثله بتوسع فى الطرق الحكمية له. وقد صرح ابن القيم بأنه ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم موضوع واحد يدل على اشتراط لفظ الشهادة، ولا عن رجل واحد من الصحابة، ولا قياس ولا استنباط يقتضيه، بل متى قال الشاهد رأيت كيت وكيت أو سمعت نحو ذلك كانت شهادة منه.

وأما الشهادة التى هى من قبيل الإخبار المحض كأقوال أهل الخبرة، والمزكين سرّاً وعلناً، والمخبرين ببسار الزوج لتقدير النفقة عليه لزوجته وأجرة الرضاع والمسكن فلا يشترط فيها لفظ أشهد، إذ كل ذلك من قبيل الاعلام واطهار الحال واعانة القاضى، وتسمى هذه الشهادة شهادة استفسار أو استكشاف وقد نص عليها فى المادة (١٦٨٩) من المجلة والمادة (١٧٧) من اللائحة السابقة.

قالوا وإذا كان لفظ أشهد لابد منه فى تأدية الشهادة فلا وجه لتحليف الشاهد لأن لفظ أشهد يتضمن اليمين ولا يجوز تكرار اليمين وجرت على هذا محاكمنا الشرعية إلى أن صدر قانون ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ فنسخ اشتراط الشهادة وجاء بدلها باليمين وهاك ماجاء فيه.

«متى حضر الشهود بين يدى القاضى سمع شهادة كل منهم على انفراده بعد أن يسأله عن اسمه ولقبه وصنعتة (يريد صناعته) أو وظيفته (أى عمله الحكومى ونحوه) ومحلّه ونسبه وجهة اتصاله بالخصوص بالقرابة أو الاستخدام أو غيرهما، وبعد أن يحلف اليمين الشرعية، ولا يشترط فى شهادة الاستكشاف تحليف اليمين بل يكفى فيها مجرد الأخبار ممن يوثق به» أهـ وقد نقل هذا النص بحروفه بالمادة (١٧٤) من اللائحة الحالية (٣).

وبناء على ذلك الغيت تزكية الشهود ودخلت فى خبر كان، وللفقهاء فى تحليف الشهود كلام: فمنهم من يرى جواز هذا، وقد نقل عن على كرم الله وجهه انه كان يحلف الشاهد والراوى اذا اتهمها.

ونقل فى البحر عن التهذيب ان الشهود يحلفون فى زماننا لتعذر التزكية اذ المجهول (٤) لا يعرف المجهول: وفيه أيضاً أن ابن أبى ليلى كان يختار تحليف الشهود، وقال فى تكملة المحتار: ولا يضعف هذا القول ما فى الكتب المعتمدة

(٣) الغيت بالقانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ وتطبق المادتين ٨٥، ٨٦ من قانون الإثبات.

(٤) أى من جهة العدالة.

كالخلاصة والبزازية من انه لا يمين على شاهد لأن هذا عند ظهور عدالته، والكلام عند خفائها خصوصا في زماننا، فالشاهد مجهول الحال وكذا المزكى غالبا والمجهول لا يعرف المجهول.

وقال العلامة الشيخ محمد عlish المالكي رحمه الله في فتاواه ما نصه: قال الخرشي وللقاضى أن يحلف الشاهد ولو بالطلاق إذا اتهمه كما قال ابن فرحون أه، قال العدوى: قوله وللقاضى أن يحلف الشاهد ولو بالطلاق أى دون الخصم فليس له تحليف الشاهد.

وجاء فى المجموع للأمر (مالكى) وللقاضى إذا اتهم الشاهد تحليفه وان بطلاق كما فى الخرشى عن ابن فرحون، وتحدث للناس أقضيه بحسب ما يحدثون من الفجور، فيخرج من قوله تعالى: «ولا يضار كاتب ولا شهيد» أه، فانظر هذا مع مانقله فى تكملة رد المحتار عن الاشباه من ان الامام لو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له لا تكلف قضائك أمرا يلزم منه سخطك ان خالفوك أو سخط الخالق إذا وافقوك أه.

فياللعجب ويا سبحان الله أتسع مسافة الخلف بين الفقهاء إلى هذا الحد مع وضوح الأمر إذا رجع إلى الفهم الصحيح ومع هذا فقد اختار أصحاب المجلة العدلية تحليف الشاهد بشرطين: (الأول) الحاح المدعى عليه على الحاكم بتحليف الشاهد (والثاني) أن يكون هناك داع لتقوية الشهادة باليمين، وقد صدر الأمر السلطاني بالعمل بذلك، انظر المادة (١٧٢٧) من المجلة، واللائحة الشرعية اقتبست تحليف الشهود من قانون المرافعات الأهلى.

ومما يناسب ذكره هنا تميما للبحث ان أسوق خلاصة ما جاء فى تحليف الشاهد قانوناً وما يتصل بذلك، نصت المادة (١٧٢) من قانون المرافعات الأهلى ان الحالف يقول «أحلف» ولكن جرى العمل فى المحاكم الأهلية على أن يقول الحالف «والله العظيم» وليس فى القانون ما يحتم هذا، إذا تقرر هذا فقد جاء فى كتاب «الطعن فى

الأحكام بطريق النقض والابرام» لمسيو دوهلس الذى كان مستشارا بمحكمة الاستئناف الأهلية المصرية ما خلاصته قضت المادة ١٤٢ (نص قديم) من قانون تحقيق الجنايات بأن الشاهد الذى تتجاوز سنه أربع عشرة سنة يجب أن يحلف يمينا على انه يقول الحق ولا يشهد بغيره، هذا كل ما قضى به القانون فى هذا الشأن، ولم يقض بوجوب حلف اليمين بصيغة مخصوصة، والقسم بالله ليس بشرط لصحة اليمين فلا يترتب على عدم الحلف بالله أدنى بطلان، وليس فى القانون نص صريح يمنع الشاهد المطلوبة منه اليمين أن يؤديها بالصيغة الآتية: (أقسم انى أقول كل الحق ولا شىء غير الحق) إذا تراءى له ألا يؤديها إلا بهذه الصيغة لأسباب دينية أو فلسفية، غير انه إذا رفض اليمين للمرة عد هذا منه رفضا لأداء الشهادة، والعقوبة تحق عندئذ لأن أداء الشهادة يستلزم أداءها باليمين أهـ،

أقول وإذا ثبت ان لفظ «أشهد» يساوى فى بعض معانيه لفظ احلف فهل إذا أتى به الشاهد مكتفياً به بجزئه عن اليمين القانونية - التى يكفى تأديتها قانونا بلفظ احلف - أمام القاضى القانونى ويكون بذلك غير مخالف للقانون - اذ العبرة للمعانى لا للألفاظ - أو المسألة هنا تعبدية أيضاً؟ فإذا قبلت منه اليمين بلفظ اشهد لأنها تساوى فى المعنى حلف وجدنا أنفسنا أمام أمر غريب هو اكتفاء محاكم القانون فى تأدية الشهادة بلفظ أشهد ووجوب اليمين الشرعية فى محاكم الشرع على الشاهد أخذا بقانونها الحالى.

وقد نصت المادة (٨٦) من قانون الإثبات على أن «على الشاهد أن يحلف يمينا بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته ان طلب ذلك».

وجرى قضاء محكمة النقض على أن..

- لئن كان المأثور عند الأحناف وجوب أن يقدم الشاهد قوله بلفظ أشهد بالمضارع، فلا تقبل الشهادة بدونه وان اشتملت على ما يفيد العلم واليقين، اعتبارا بأنه ركن فى الشهادة على قول، أو مجرد شرط عام فى

كل ما يشهد به أمام القاضي في قول آخر هو الراجح، إلا أنه لما كانت العلة في إثارة هذا اللفظ في مذهب الحنفية أنه أقوى في إفادة التأكيد من غيره من الألفاظ، وأنه يتضمن في ذات الوقت معنى المشاهدة والقسم والأخبار للحال فكأنه يقول «أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا أخبر به»، وهذه المعاني مفقودة في غيره فتعين، وكأن لا دليل من الكتاب أو السنة أو من القياس والاستنباط على اشتراط أن يكون الأداء بلفظ الشهادة فضلاً عن لفظ «اشهد» بالذات، فإنه إذا وجدت صياغة تفيد هذه المعاني جميعاً، وتكون أكد على يقين الشاهد وما يحيطه علمه بغير تردد فإنها تغني عن هذا اللفظ وتعتبر بديلاً عنه، وإذا كان لفظ اشهد يحمل معنى القسم ويتضمن توثيق الكلام بالحلف باسم الله فإن استبدال الحلف بلفظ اشهد وإستلزام أن يبدأ به قول الشاهد قبل الادلاء بأقواله، واعتبار ذلك أمراً لازماً تبطل بدونه، هو اعتداد بجوهر مذهب الحنفية، وتحقيقاً للغرض الذي يستهدفه من إيجابه، بل هو أكثر عمقا في النفاذ إلى وجدان الشاهد والغوص في أعماق ضميره بتبصيره بما ينطوى عليه الحلف بالله من وجوب التزام الصدق وتحري الحقيقة، وقد سار المشرع على هذا الدرب متدرجاً في مختلف المراحل التشريعية، فبدأ بأن نسخت المادة ١٧٣ من اللائحة الشرعية الصادرة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٠٩ اشترط الشهادة متوقعة أن يقرن الشاهد بذكر اللفظ المشار إليه فحولت القاضي أن ينبهه بقوله أتشهد بذلك فإن إجابته بالإيجاب كان ذلك كافياً، وما لبث أن ألغى هذا النص سنة ١٩٢٥ واستبدل به المادة ١٧٤ من اللائحة الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ التي شرعت وجوب أن يحلف الشاهد اليمين الشرعية وجعلتها بديلاً من إيجاب ذكر لفظ الشهادة أو تذكير الشاهد، واستمر الشارع في طريقه القاصدة فألغيت هذه المادة ضمن ما ألغى بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ اكتفاء بأعمال حكم المادة ٢١٢ من قانون المرافعات السابق المقابلة للمادة ٨٦ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ (١).

(١) الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٨/٥/٣١ مجموعة المكتب الفني سنة ٢٩ ص ١٣٨٣.

الفرع الثالث

شروط المشهود به

يشترط تعريفه بأقصى ما يمكن .

فإذا كان حاضراً بمجلس الحكم عرف بالاشارة إليه .

وإذا كان غائباً فاما أن يكون منقولاً أو عقاراً، فإن كان منقولاً فتعريفه فى الشهادة كتعريفه فى الدعوى (راجع كتاب الدعوى)، وعلى ذلك لو ادعى انه رهن عنده ثوباً أو غصبه منه فشهد الشهود بذلك وقالوا لا نعرف وصف الثوب قبلت شهادتهم، وكان بيان الثوب إلى الغاصب والمرتهن، وكذلك العقار يعرف بحدوده كما فى الدعوى، ولو ذكر الشهود الحدود وغلطوا فى المساحة قبلت شهادتهم وذلك لأن الحدود هى التى يتناولها حسن الشاهد بالمعينة، وأما مقدار المساحة فإنه يكون بعلم مستفاد من كسب لا يكلفه الشاهد والجهل به أو الخطأ فيه لا يغير موقع العقار، وانظر المادة (١٧٨) - (١) من اللائحة الشرعية وجاء فى المادة (١٦٩١) من المجلة وشرحها: إذا لم يذكر الشاهد حدود المشهود به وتعهد براءته وتعيينه فى محل يذهب إلى محله لاراءته بحضور المتداعين، فإن فعل وأشار إلى الحدود وكانت الحدود التى أشار إليها وأسماء أصحابها موافقة للحدود التى ذكرها المدعى قبلت شهادته أهـ.

أقول: وإذا كان القاضى حاضراً عند العقار المتنازع فيه فإنه يكفى لتعريفه فى الدعوى والشهادة الإشارة إليه (انظر دعوى العقار) وجاء فى المادة (١٦٩٢) وشرحها: إذا ادعى المدعى بالاستناد إلى الحدود التى هى فى السند، وشهدت الشهود بأن العقار المحدود بحدوده فى هذا السند ملكه تصح شهادتهم والمعنى فيه انه أشار إلى معلوم أهـ وانظر تكملة رد المحتار قبيل الشهادة على الشهادة.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

— المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن شروط صحة أداء الشهادة فى المذهب الحنفى،

أن يكون الشاهد عالماً بالمشهود به، وذاكر له وقت الأداء، فلو نسى المشهود به لم يجز أن يشهد وأن يكون المشهود به معلوماً حتى يتيسر القضاء به، ولا يكون كذلك إلا إذا

(١) الغيت بالقانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥ وكان نصها «إذا ذكر الشاهد الحدود وأخطأ فى مقدار المساحة قبلت شهادته».

وضح الشاهد للقاضى صاحب الحق ومن عليه الحق ونفس الحق المشهود به، إلا أن الغرض المستهدف هو التعريف لأكثرية الحروف، فحيث تحقق التعريف وثبت لدى القاضى علم الشاهد بالمدعى والمدعى عليه اللذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيق اكتفى به وضح الاعتداد بالشهادة. ولما كان البين من الاطلاع على محضر التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن الطاعن قد تخلف فى جلسة التحقيق عن الحضور، بينما مثلت المطعون عليها وأشهدت شاهديها فى غيبته، وكانت أقوالهما بينة الدلالة على أنها تنصب على الخلاف بين الطاعن والمطعون عليها بالذات وإن لم يصرحا بذكر اسمهما أو نسبهما فإن هذا كاف فى التعريف بهما وتعيينهما تعيينا نافيا لأية جهالة بحيث يتنfy أى احتمال، وإذ سائر الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد التزم النهج الشرعى السليم. (١)

— من شروط صحة الشهادة فى المذهب الحنفى، أن يكون الشاهد عالما بالمشهود به ذاكر له وقت الأداء، فلونسى المشهود به لم يجر له أن يشهد، وأن يكون المشهود به معلوما حتى يتيسر القضاء به، ولا يكون كذلك إلا إذا وضح الشاهد للقاضى صاحب الحق ومن عليه الحق، ونفس الحق المشهود به، وعلى هذا إذا شهد الشهود على حاضر بعين حاضرة، وجب عليهم لأجل صحة شهادتهم أن يشيروا لثلاثة أشياء، المدعى والمدعى عليه والعين المدعاة لأن الغرض التعريف، والإشارة أقوى سبل التعريف، وعند ذلك لا يلزم الشاهد أن يؤكد اسم المدعى أو المدعى عليه ولا نسبهما، لأنه لا يحتاج مع الإشارة إلى شئ آخر، فإن شهدوا على غائب أو ميت وجب ذكر ما يؤدى إلى التعريف به، ويبين من ذلك أنه يجب أن يكون الشاهد عالما بالمدعى والمدعى عليه اللذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيق، أما إذا كانت الشهادة تتعلق بحالة شخص من يسار أو فقر فلا يطلب من الشاهد إلا التعريف بهذا الشخص الذى تتصل به وقائع الشهادة المطلوب إثباتها. (٢)

(١) الطعن رقم ١٩ لسنة ٥٠ ق أحوال شخصية جلسة ١٦/٦/١٩٨١ مجموعة المكتب الفنى لسنة ٣٢ ص ١٨٣٤

الطعن رقم ٢٧ سنة ٤٧ ق أحوال شخصية — جلسة ٢٩/١١/١٩٧٨

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٧٢ قاعدة ١٨٨١.

(٢) الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٨ ق أحوال شخصية جلسة ١٣/١٢/٧٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٣ ص ١٣٧٧

الفرع الرابع

فى عدم تكذيب الحس للشهادة

ومن شروط الشهادة عدم تكذيب الحس لها، فان كذبها الحس فلا تقبل ولا يجوز أن يبنى عليها القضاء (٤٣).

وذلك لأن الحس يفيد علما قطعيا والشهادة تفيد خبرا ظنيا، والظنى لا يعارض القطعى (وانظر ما تقدم فى مبحث التواتر) (٤٤) وقال فى المجلة وشرحها ما خلاصته: لا تقبل البينة التى أقيمت على خلاف المحسوس كالبينة التى تقام على موت شخص وحياته مشاهدة (٣). وعلى خراب دار وهى قائمة يشهد العيان بعمارتها ومن هذا القبيل ما اذا اقيمت البينة بأن هذا المرعى مخصص منذ القديم لمنافع القرية الفلانية وكانت هذه القرية حديثة العهد. وبالجملة فكما لا تقبل البينة التى تقام على خلاف التواتر كذلك لا تقبل البينة المقامة على خلاف ما يشهد به الحس. أنظر المادتين (١٦٩٧ و ١٦٩٨) وانظر الفتاوى المهدية.

(١) مادة ٤٠ من مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية التجارية لا تقبل الشهادة التى يكذبها الحس أو التى تخالف التواتر.
(٢) وانظر التبصرة فى مستند علم الشاهد ف فيها تفصيل جيد له اتصال بهذا الموضوع.
(٣) وما يناسب ذكره هنا - والحديث شجون - ما نقلته صحيفة الأهرام فى عددها (١٣١٥٩)، ٢٣ يولية سنة ١٩٢٠ قالت تحت عنوان (ميت رسميا) قال مراسل جريدة النديلى ميل فى نيويورك ان أحد الموظفين فى سكة حدى شيكاغو جاء إلى نيويورك لتسلم جثته التى أصرت وزارة الحرية على احضارها مباشرة فى مقبرة شاتوبيرى بفرنسا. وتفصيل الخبر ان ذلك الموظف المدعو فيليب كان فى الجيش الأمريكى المحارب فى فرنسا فأصيب بجرح بليغ فى شاتونيرى فى ٢٨ يولية سنة ١٩١٨ فنقل إلى وطنه حيث عولج وشفى. ثم تلقى والده منذ ثلاثة أسابيع اعلانا رسميا بأن جثة ابنه قد شحنت إلى امريكا مباشرة وأن يستعد لتسلمها. فأرسل فيليب إلى وزارة الحرية بأن إعلان وفاته غير صحيح فلم تقبل، واضطر بعد ذلك الى ان يذهب بنفسه إلى وزارة الحرية لاقتناع الموظفين بأنه لا يزال على قيد الحياة فذهبت مساعية سدى. ولم تكتف تلك الوزارة باصرارها على انه ميت بل اصرت ايضا على تسليم والده الجثة الآتية من فرنسا ورفض والده مرتين ان يتسلم المبلغ المؤمن به على حياة ابنه وكان ابنه هذا فى فصيلة عددها (٢٢٥) جنديا اشتبكت فى معركة ولم ينج منها سوى أربعة جنود أهد.

أقول: اذا صحت هذه الحكاية فهى إحدى روايات قراقوش التى يرويها عنه العامة فى مصر وقد استفدنا منها أن الحس اذا عارض الرسمىات صدقت الرسمىات وكذب الحس.

لكن الذى يظهر لى أن الأمر اشتهى على كاتب البلاغ الرسمى بموت فيليب ودواعى الاشتباه قائمة ومتوافرة وذلك لعدم معرفة أشخاص الجند معرفة صحيحة والأمر مضطرب والهول عظيم مما يجعل قوائم القتلى والجرحى والمفقودين عرضة للخلل والمعل. ولكن كان يجب بعد ظهور الحقيقة لوزارة الحرية ألا تصر على الخطأ وتتمادى فى انكار الأمر المشاهد المحسوس.

أقول ومما ينبغي أن يلتحق بهذا ما اذا دل الحساب على عدم إمكان رؤية الهلال الليلة لأنه يغرب قبل غروب الشمس فشهد شاهد بأنه رآه بعد الغروب فيجب ان ترد شهادة ذلك الشاهد لكذبها بيقين، وذلك لانضباط الحساب وعدم تطرق الخلل والشك اليه كما يعلم ذلك العارفون به. وهذا وان لم يكن من العلم المستفاد بالضرورة هو من العلم المدرك بالنظر والاستدلال، كالعلم بأوقات الكسوف والخسوف ومدة كل منهما واشكالهما وكالعلم بأن مجموع زاويا المثلث يساوي قائمتين،

وان مما امتاز به ديننا الحق أنه ليس فيه ما يتعارض مع قضايا العقل. وبالجمللة لا ينبغي ان يرجح الظن كيفما كان على القطعي ولو كان القطعي رسميا فلا يرجح على الحس ولا على التواتر.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

الشهادة كطريق من طريق الثبوت في فقه الحنفية تعد تعبيراً عن الواقع وتأكيداً لثبوته دون ان تقلب الحق باطلاً أو تحيل الباطل حقاً، فان شرطها ان تكون مطابقة للوقائع المادية، فلا تكذبها الأمور المحسوسة أو تخرج عن تلك الحقائق الثابتة، فان كذبها الحس فلا تقبل ولا يجوز ان يبنى عليها قضاء اعتباراً بأن الحس يفيد علماً قطعياً والشهادة تفيد خبراً ظنياً والظني لا يعارض القطعي. (١)

(١) الطعن رقم ٢٧ سنة ٤٧ ق أحوال شخصية — جلسة ١١/٢٩/١٩٧٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٩ ص ١٨٢٦

طعن ١٣ سنة ٤٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٢/١١/١٩٧٥

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ص ٦٧١ قاعدة ١٨٨٠. ص ٦٧٢ قاعدة ١٨٨٢.

الفرع الخامس

الشروط الخاصة فى الشهادة

ومن شروط الشهادة

١- تقدم الدعوى فى حقوق العباد لأن حقوق العباد تتوقف على طلبهم مباشرة أو بالإنابة، وأما حقوق الله تعالى فان الشهادة تقبل فيها على وجه الحسبة بلا سبق دعوى، وذلك لوجوب اقامتها على كل إنسان أنظر دعوى الحسبة.

٢- تعذر حضور الأصل فى الشهادة على الشهادة. وسيأتى.

٣- عدم التقادم فى الشهادة على الحدود إلا حد القذف. فاذا شهدوا بما يوجب الحد كالزنا والشرب وقد تقادم العهد ولم يكن للشهود عذر يمنعهم من أداء الشهادة فى وقتها كمرض أو بعد مسافة أو خوف طريق لا تقبل الشهادة للتهمة الا فى الشهادة على القذف. أما وجه عدم قبول الشهادة على ما يوجب الحد مع التقادم وعدم العذر فهو ان الشاهد مخير فى الأصل بين أداء الشهادة والستر فتأخيرها للشهادة ان كان لاختيار الستر فالأقدام على الأداء بعده يكون لعداوة حركته فيتهم فيها، وان لم يكن لاختيار الستر كان فاسقا بالتأخير، فوجد المانع من قبول الشهادة فى الحالتين، ولا يقال إنه لا يصير فاسقا الا اذا كان الأداء واجبا عليه وليس الأمر كذلك هنا، لانا نقول ان سقوط الوجوب انما هو لأجل الستر، فاذا أدى لم يوجد موضع الرخصة المسقط للوجوب. وأما قبول الشهادة مع التقادم على القذف فلأن فيه حق العبد وهو دفع العار عنه وان كان الغالب فيه حق الله تعالى، ولأن تقدم الدعوى فيه شرط فيحمل تأخير الشهادة على عدم الدعوى، وهذا لا يوجب التفسيق. ولا يرد على هذا السرقة لأن فيها أمرين الحد وهو خالص لله تعالى والمال وهو حق العبد، فالشهادة عليها مع التقادم توجب المال لكن يسقط الحد وقد استشكل ذلك فى البحر فقال: إن شهادة الشهود انما لم تقبل على السرقة مع التقادم للتهمة، ولا شهادة للمتهم ولو بالمال. فكان الظاهر ألا يقضى بالمال أيضا، ثم قال. الا أن يقال ان التهمة غير محققة وانما الموجود الشبهة المسقط للحد أهـ... قال فى رد المحتار: أى انما سقط الحد لاحتمال العداوة وذلك غير محقق لكنه يصير شبهة يسقط بها الحد دون المال أهـ.

والحاصل أن حد القذف لحق العبد ولحق الله تعالى وإن كان حق الله فيه أغلب. وأما حد السرقة (١) والزنا والشرب فهو خالص لله تعالى وليس للمسروق منه حق في الحد وإنما حقه في المال فقط. أقول: كما أن حد القذف لا بد أن تتقدمه الدعوى من المقدوف كذلك حد السرقة لا بد أن تتقدمه الدعوى من المسروق منه طلبا لماله ويأتى الحد تبعا وضمنا. أفلا يعذر الشاهد في كلتا الحالتين على السواء إذا لم يدعه من له حق إقامة الدعوى إلى الشهادة حتى مضى زمن طويل على القذف والسرقة؟ وقد اختلف في تحديد التقادم فعند أبي حنيفة رحمه الله أن ذلك مفوض إلى رأى القاضى فى كل عصر، وعن محمد رحمه الله أنه مقدر بشهر. وهو مروي عن الشيخين رحمهما الله، وعنه أيضا أنه مقدر بزوال الرائحة في الخمر. وما أحسن ما قاله الحموى وألصقه بالصواب: أن المدار في التأخير على التمكن من الشهادة عند القاضى، ولا يتقيد ذلك بأى زمن كان أهـ وأما تأخير الشهادة في حقوق العباد بغير عذر ظاهر فقد قال شيخ الإسلام خواهر زاده: لا تقبل الشهادة لتتمكن الشبهة فإنه يحتمل أن تأخير الشاهد شهادته كان لاستجلاب الأجرة وقال الكمال الوجه أن الشهادة تقبل ويحمل التأخير على عذر أو نسيان، ورجح ابن الشحنة قول شيخ الإسلام لفساد الزمان. هذا وقد قال فقهاؤنا في الشهادة على الحدود أن الشاهد مخير بين الستر والاطهار لأنه يبين حسبتين، إقامة الحد الذى يخلو به العالم من الفساد أو يكاد، والتوقى من الهتك قالوا والستر أفضل لأنه مندوب إليه قال صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة، لكن إن كان المشهود عليه متهتكا لا يبالى فأداء الشهادة أفضل.

٤- ويشترط فى الشهادة على الارث شروط

(الأول) الجر وهذا قول الطرفين خلافا لأبى يوسف. قال فى الفتح: اختلف علماؤنا فى انه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت - على الجر والنقل وهو ان يقول الشهود فى شهادتهم: مات وتركها ميراثا لهذا المدعى فعند أبى يوسف لا، وعند أبى حنيفة ومحمد نعم. وجه قول أبى يوسف أن ملك المورث

(١) جعل فى الفواكة البدرية حد السرقة من الحدود المشتركة كحد القذف وهذا غلط نشأ من اشتباه الأمر عليه.

ملك الوارث لأنه يصير ملكة خلافة ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا اذا كان المورث مغرورا، فالشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث فلا حاجة الى أمر زائد يشترط القضاء به له، ووجه قولهما ان ملك الوارث ملك متجدد فى العين الموروثة بدليل انه يحل للوارث الغنى ما كان تصدق به على المورث الفقير ولو كان زكاة أو كفارة، فلا بد من أن يذكر الشاهدان الجر والانتقال، غير انه لا يشترط ذكر ذلك نصا، بل اما نصا كقولهما مات وتركها ميراثا له، أو يشهدان بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقام الملك وهو اليد وقت الموت كأن يقول الشاهد ان تلك الدار كانت ملكا للمورث عند موته أو يقول إنها كانت لأبيه «مثلا» أعارها أو أودعها الذى هى فى يده وذلك لأن يد المستعير والمودع وكذا المستأجر كيد المعير والمؤجر والمودع.

قال فى الفتح وقد طولبنا بالفرق بين هذا وما إذا شهد لمدعى ملك عين فى يد رجل بأنها كانت ملك المدعى أو أنه كان ملكها حيث يقضى بها وأن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن. وكذا إذا شهدا لمدعى عين فى يد إنسان انه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فانه يحتاج إلى بينة على ملكه، فإذا شهدا بملكه قضى للمشتري به وان لم ينصا على أنه ملكه يوم البيع، وهذه أشبه بمسألتنا، فإن كلا من الشراء والأرث يوجب تجديد الملك. والجواب أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت بالاستصحاب حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات مالم يكن، وهو المحتاج إليه فى الوارث بخلاف مدعى العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدد، وبخلاف مسألة الشراء فان الملك مضاف إليه لا إلى ملك البائع وأن كان لابد لثبوت ملك المشتري من بقائه لأن الشراء آخرهما وجوداً وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافاً إلى الشراء وهو ثابت بالبينه. أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف إلى كون المال ملكاً للميت وقت الموت لا إلى الموت لأنه ليس سبباً موضوعاً للملك بل عنده يثبت الملك للوارث ان كان للمورث مال فارغ عن تعلق الحقوق به أه. وأنظر المادتين «١٨٠ و ١٨١» من اللائحة الشرعية فانهما تتخرجان على هذا الأصل المذكور هنا، وقد كان يخطئ فى فهم هذه المسألة كثير من القضاة فوضعت المادتان لأجل ذلك وأنظر المذكرة الإيضاحية لللائحة سنة ١٩١٠ وشرح اللائحة فى مقارنة المادة «١٨١» بالمادة «٩٨»

ودفع الإشكال. ومما ذكره هنا استطراداً مسألة صورتها. أنه إذا كانت دار في يد رجل فادعى آخر أنها له وأقام بينه أنها كانت في يده لم تقبل وهذا قول الطرفين وقول أبي يوسف في ظاهرة الرواية. وعن أبي يوسف أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك، ولو شهدا في هذه الصورة أنها كانت ملكاً للمدعى تقبل وذلك استصحاباً لملكه إلى وقت الدعوى كما قدمنا، فكذا هنا استصحاباً ليده إلى وقت الدعوى، وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه فإنه يقضى بالرد بهذه الشهادة. ووجه الظاهر أن الشهادة مع كونها بيد منقضية شهادة بمجهول لأن اليد متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان ولم يلزم أحدها بعينه لترفع الجهالة فتعذر القضاء بمجهول بخلاف مثلها في الميت لأنه لزم أحدها بعينه بالموت وهو يد الملك كما تقدم فأمكن القضاء وبخلاف الأخذ فإن له موجباً معلوماً وهو الرد من حيث هو أخذ إلى أن يقترن به ثبوت أنه أخذ حقه. قال عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى ترد» فيقضى به. انتهى من الفتح ولهذه المسألة بقية ذكرتها في دعوى الرجلين ملكاً مطلقاً.

(الثاني) سبب الوراثة الخاص بأن يقول هو ابنه وأخوه لأبيه وأمه أو لأبيه فقط أو لأمه فقط الخ. ولا بد للشهود من ذكر نسب الميت والوراث حتى يلتقيا في أب واحد، فلو كان الوارث أخا كفى ذكر الأب مع نسبه لأجل تعريفه، ولو كان عما لأب مثل فلا بد من ذكر الجدة كذلك وهكذا والغرض تعريف الوارث تعريفاً يميزه عن غيره ويبين للمقاضي أنه وارث حقيقة لتبين نصيبه من الميراث

(الثالث) قول الشاهد لا وارث له سوى من ذكر أو لا أعلم له وارثا سوى من ذكر وهذا الشرط لاسقاط التلوم أى الانتظار، بيان ذلك انه اذا كانت عين (مثلا) فى يد زيد فادعى بكر انها ملك له بطريق الارث من أبيه أو ادعاها جماعة كذلك وبنوا سبب الوراثة بيانا تاما فانكر المدعى عليه انهم ورثة فلان فشهد بذلك الشهود ولم يحصروا الارث فيهم فان القاضى لا يقضى لهم فى الحال بل ينتظر فان لم يظهر للميت وارث آخر قضى لهم بتلك العين، ولا يكفل عند أبى حنيفة فى المسألتين يعنى فيما اذا قال لا وارث له غيره أو لا نعلمه. وعندهما يكفل فيهما. ومدة التلوم مفوضة الى رأى القاضى، وقيل حول وقيل شهر (أنظر تكملة رد المحتار). واذا أثبت أحد الزوجين الوراثة بينة ولم يثبت انه لا وارث له غيره فعند أبى حنيفة ومحمد يحكم لهما بأكثر النصيبين بعد التلوم، وعند أبى يوسف

يحكم لهما بالأقل احتياطاً فيحكم للزوج بالربع وللزوجة بالثلث. أما لو قال الشهود لا وارث للمتوفى غير هؤلاء فإن القاضى لا ينتظر بل يقضى لهم فى الحال. وهذا معنى قولهم ان هذا شرط لاسقاط التلوم لا لصحة القضاء. وقد بين فى شرح أدب القاضى هذه المسألة مفصلة وفرعها الى ثلاثة أنواع ولخصها فى التكملة بما نصه: ان الوارث ان كان ممن قد يحجب حجب حرمان فذكر هذا الشرط لأجل القضاء، وان كان يحجب حجب نقصان فذكره شرط للقضاء بالأكثر وان كان وارثاً دائماً ولا ينقص بغيره فذكر شرط للقضاء حالاً بدون تلوم أهـ. وانظر الفتح والمبسوط.

قال فى المبسوط: ولست أكفلهم فى الموارث انه لا وارث له غيره وقال ابن أبى ليلى رحمه الله: ما لم يشهدوا بذلك لا يقضى القاضى بالميراث له لأن سبب استحقاقه لا يصير معلوماً للقاضى إلا به لجواز أن يكون هناك من يزاحمه أو يترجح عليه فلا يكون هو وارثاً مع ثبوت ما فسر الشهود من السبب. ولكننا نقول: قولهم لا وارث له غيره نفى لا طريق لهم إلى معرفة ذلك فلو كلفهم القاضى أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططاً وحملهم على الكذب. وإليه أشار فى الكتاب فقال من قبل إن هذا عنت يحملهم القاضى عليه وهو يعلم أنهم يشهدون بما لا يعملون. وان قالوا لا نعلم له وارثاً غيره فهذا يكفى — وعلى قول أبى ليلى رحمه الله لا يكفى لأن هذا ليس من الشهادة فى شئ فانهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون، وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضى لا يعلم. ونحن نسلم ان المشهود به لا يثبت بهذا اللفظ ولكن استحقاق الميراث له بالسبب الذى أثبتته الشهود مفسراً إلا أنهم إذا لم يذكروا هذه الزيادة كان على القاضى أن يتلوم فربما يظهر وارث آخر مزاحم له أو مقدم عليه، فهم بهذا اللفظ كفوا القاضى مؤونة التلوم ونظروا فى ذلك لأنفسهم فتحرزوا عن الكذب والمجازفة إلى آخر ما قال.

(الرابع) ان يدرك الشاهد الميت والا كانت الشهادة باطلة لعدم معاينة السبب لأنها شهادة على الارث لا على النسب.

٥- ومن شروط الشهادة أن يكون الشاهد عالماً بالمشهود به وقت الأداء ذاكراً له لأنه بدون ذلك لا يمكنه أن يؤدى الشهادة على وجهها وأنظر ما تقدم.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

- من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن من شروط صحة أداء الشهادة فى المذهب الحنفى أن يكون الشاهد عالماً بالمشهود به، وذاكراً له وقت الأداء، فلو نسى المشهود به لم

يجز أن يشهد، وأن يكون المشهود به معلوماً حتى يتيسر القضاء به، ولا يكون كذلك إلا إذا
وضح الشاهد للقاضي صاحب الحق ومن عليه الحق ونفس الحق المشهود به (١).

- الشهادة على الإرث وجوب بيان أن المورث ترك ما يورث عنه شرعاً (٢).

- فقه الحنفية على أن لقبول الشهادة على الإرث لابد من ذكر سببه وطريقه فإذا
شهدوا أنه أخوه أو ابن عمه لا تقبل حتى يبينوا طريق الأخوة والعمومة بأن يبينوا الأسباب
الموروثة للميت «وينسبوا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد» (٣).

- الشهادة على الإرث في فقه الحنفية. شروط قبولها. بيان الشاهد سبب الإرث
وطريقه ونسب مدعى الإرث حتى يلتقى مع الميت في أب واحد. عدم اشتراط ذكر اسم
الجلدة الجامعة كاملاً. كفاية التعريف بها (٤)، (٢).

- إن ما يشترطه بعض الفقه الإسلامي في الشهادة على الإرث وجوب قول الشاهد
«الا وارث له سوى ما ذكر» أو «لا أعلم له وارثاً غيره»، ليس شرطاً لصحة الشهادة وإنما
هو شرط لتلوم القاضي في قضائه، أى تربيته وانتظاره. عسى أن يظهر للميت وارث آخر
مزاحم له أو مقدم عليه، متى لم يحضر الشهود الإرث فيمن شهدوا لهم به، ومدة التلوم
غير محددة ومفوضة إلى رأى القاضي إن شاء تريت وإن شاء حكم دون رقابة عليه في
قضائه في هذا الشأن، وإذ كان الثابت في محضر التحقيق أن شاهدى المطعون عليها قد
حصروا الإرث في الطاعنة والمطعون عليهم وكفيا القاضي مؤونة التلوم فإن النعى عليه في
قضائه غير وارد (٥).

(١) الطعن رقم ١٥ سنة ٥١ ق أحوال شخصية جلسة ١٥/٦/١٩٨٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٣ ص ٧٨١،

الطعن رقم ١٠٣ سنة ٦٣ ق أحوال شخصية جلسة ٢٧/١/١٩٩٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٨ ص ٢٢٨،

الطعن رقم ١٩ سنة ٥٠ ق أحوال شخصية جلسة ١٦/٦/١٩٨١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص ١٨٣٤.

(٢) طعن رقم ٢٢ سنة ٤٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٢/٥/٨١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص ٤٢٦.

(٣) الطعن رقم ١٣ لسنة ٣٣ ق أحوال شخصية- جلسة ٤/١/١٩٦٧. والطعن رقم ٣٤ لسنة ٣٩ أحوال

شخصية- جلسة ١٧/٤/١٩٧٤. والطعن رقم ١٦ لسنة ٥٠ ق أحوال شخصية- جلسة ١٦/٦/١٩٨١.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٨٧ قاعدة ١٩٣٦.

(٤) الطعن ٤٣ سنة ٤٨ ق أحوال شخصية جلسة ٢٠/١/١٩٨١، الطعن رقم ١٦ سنة ٥٠ ق أحوال شخصية

جلسة ١٦/٦/١٩٨١، الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية»، جلسة ٨/٣/٢٠٠٣

(٥) الطعن رقم ٣٨ سنة ٥٠ ق أحوال شخصية جلسة ٢٩/١٢/١٩٨١.

ان ما يشترطه بعض الفقه الإسلامى فى الشهادة على الإرث وجوب قول الشاهد «ألا وارث له سوى ما ذكر» أو «لا أعلم له وارثاً غيره»، ليس شرطاً لصحة الشهادة وإنما هو شرط لتلوم القاضى فى قضائه، أى تريشه وانتظاره، عسى ان يظهر للميث وارث آخر مزاحم له او مقدم عليه، متى لم يحصر الشهود الارث فيمن شهدوا لهم به، ومدة التلوم غير محددة ومفوضة الى رأى القاضى ان شاء تريت وان شاء حكم دون رقابة عليه فى قضائه فى هذا الشأن، واذ كان الثابت فى محضر التحقيق أن شاهدى المطعون عليها قد حصراً الارث فى الطاعة والمطعون عليهم وكفياً القاضى مؤونة التلوم فان النعى عليه فى قضائه غير وارد(٦).

- إذا كانت دعوى المطعون عليها دعوى إرث بسبب البنوة وهى متميزة عن دعوى إثبات الزوجية، وكان موضوع النسب مطروحاً فيها باعتباره سبب استحقاق الإرث وكان المشرع لم يشترط لإثبات النسب وجود وثيقة زواج رسمية لأن المنع الخاص بعدم سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١ لا تأثير له شرعاً على دعاوى النسب بل هى باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية رغم التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فإنه لا تثريب على الحكم إن هو أطرح ما قدمه الطاعنون من أوراق بعد قيام الدليل - البيئة - على ثبوت النسب المتنازع عليه لأن قيام الحقيقة التى اقتنع بها فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفه(٧).

(٦) الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٦ ق أحوال شخصية - جلسة ٣١/٥/١٩٧٨. مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٨٨ قاعدة ١٩٣٩.

(٧) الطعن رقم ٨ سنة ٤٤ أحوال شخصية جلسة ٢١/١/٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ٢٧١.

الفصل السادس

شروط الشاهد العامة والخاصة

شروط الشاهد تنقسم إلى قسمين:
عامة وهى ما تشترط فى الشاهد فى جميع الأحوال.
وخاصة وهى ما تشترط فى بعض المواضع دون البعض بناءً على اعتبارات شرعية.

الفرع الأول

الشروط العامة

والشروط العامة ترجع إلى ثلاثة أصول:
الأول: كون الشاهد من أهل الولاية على غيره.
الثانى: اتصافه بما يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب وذلك بالعدالة وألا يتصف بما يخل بالمروءة.
الثالث: انتفاء التهمة عنه فى شهادته،
ويشترط مع هذا أن يكون ناطقاً وبصيراً.

المبحث الأول

كون الشاهد من أهل الولاية على غيره

يشترط في الشاهد أن يكون عاقلاً بالغاً حراً.
الشرط الأول العقل: وهو شرط عند التحمل وعند الأداء لأنه يترتب على عدمه عدم الضبط وانتفاء الثقة بما خبر به وفقد الولاية.
وهو شرط لازم في جميع التصرفات.
الشرط الثاني: البلوغ (١): وهو شرط للأداء وليس شرطاً للتحمل كما تقدم، وإنما اشترط عند الأداء لأن الشاهد يلزم القاضى بأن يقضى بما شهد به، وهذا الالتزام من باب الولاية ولا ولاية للصبي «وسياتى ما يوضحه» وأما أهلية التحمل فبالضبط والضبط يثبت للصبي المميز كما يثبت للبالغ وعدم قبول شهادة الصبي هو مذهبنا وفيه خلاف مالك رحمه الله.

«٤٨» يلاحظ أن البلوغ شرعاً بالنسبة للغلام قد يبدأ من اثنى عشرة سنة وبالنسبة للأنثى قد يبدأ من تسع سنين وقد يتأخر في كليهما إلى خمس عشرة سنة أو أكثر «أنظر الأحوال الشخصية» والشهادة المقبولة شرعاً شرطها البلوغ الشرعى فمتى تحقق الشرط صحت الشهادة. وأما فى القانون فقد حدد ذلك بالزمن وقد يتفقان وقد يختلفان، والظاهر أن المحاكم الشرعية ترجع إلى الشرع بالنسبة إلى بلوغ الشاهد فلا تسه عن هذا.

تنص المادة ٦٤ من قانون الإثبات: لا يكون أهلاً للشهادة من لم تبلغ سنة خمس عشرة سنة. على أنه يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على سبيل الاستدلال.
ونص المادة ٣٨ من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية:

- ١- يشترط فى الشاهد أن يكون أهلاً لأداء الشهادة.

- ٢- ويكون أهلاً لأداء الشهادة من كان بالغاً خمس عشرة سنة. عاقلاً حافظاً عدلاً.

- ٣- ويجوز أن تسمع أقوال من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة بغير يمين وعلى سبيل الاستدلال.

- وراجع ما تقدم من أحكام محكمة النقض فى هذا الخصوص عند الكلام عن أداء الشهادة «الفرع الأول من الفصل الرابع»

قال فى التبصرة ما خلاصته: يجوز قبول شهادة الصبيان فى الجراح والقتل على قول مالك ولا تجوز فى شئ من ذلك على قول ابن عبد الحكم. وقال أشهب تجوز فى الجراح دون القتل.

فالمنع هو الأصل وإليه ذهب الشافعى وأبو حنيفة، والجواز لعدة الاضطرار إذ أهملوا لأدى إلى ضرر كبير وهدر جنيات تعظم.

وقد حكى جواز ذلك عن جماعة من الصحابة وغيرهم: منهم على وعروة ابن الزبير وشريح وأبو بكر بن حزم وربيعه ومعاوية. واشترط لجواز قبولها أحد عشر شرطاً: منها أن يكون الشهود ممن يعقلون الشهادة، وأن تكون الشهادة فيما بين الصبيان لا لكبير على صغير ولا لصغير على كبير وأن تكون الشهادة قبل تفرقهم، وأن تكون متفقة غير مختلفة، وأن تكون فى القتل أو الجرح على ما تقدم أ. هـ. وقال الإمام ابن القيم فى أعلام الموقعين: قد اتفق العلماء على أن مواضع الحاجات يقبل فيها من الشهادات ما لا يقبل فى غيرها من حيث الجملة وإن تنازعوا فى بعض التفاصيل. وعلى ذلك عمل الصحابة وفقهاء المدينة بشهادة الصبيان على تجارح بعضهم بعضاً فإن الرجال لا يحضرون معهم فى لعبهم ولو لم تقبل شهادتهم لضاعت الحقوق وتعطلت وأهملت مع غلبة الظن أو القطع بصدقهم، ولا سيما إذا جاءوا مجتمعين قبل تفرقهم ورجوعهم إلى بيوتهم وتواطؤاً على خبر واحد وفرقوا وقت الأداء واتفقت كلمتهم فإن الظن الحاصل حينئذ من شهادتهم أقوى بكثير من الظن الحاصل من شهادة رجلين وهذا مما لا يمكن دفعه وجحده فلا تظن بالشرعية الكاملة الفاضلة المنتظمة لمصالح العباد فى المعاش والمعاد أنها تهمل مثل هذا الحق وتضيعه مع ظهور أدلتهم وقوتها وتقبله مع الدليل الذى هو دون ذلك «٢» ونظير

«٢» وشهادة القاصر المميز الذى سنه أربع عشرة سنة فما دونها تقبل قانوناً على سبيل الاستدلال فقط لذا لا يحلف اليمين. أنظر المادة «١٩٩» مرافعات وفى كتاب المرافعات المدنية والتجارية للأستاذ محمد حامد فهمى صفحة «٥٨٣» أن للمحكمة أن تأخذ بشهادة قاصر سمعت أقواله على سبيل الاستدلال أ هـ وظاهرة أن هذه الشهادة لا بد أن تكون مؤيدة بالقرائن.

ذلك قبول شهادة النساء منفردات فى الأعراس والحمامات والمواضع التى تنفرد النساء بالحضور فيها، وذلك للمعنى المتقدم أهـ. ملخصاً.

الشرط الثالث الحرية: وذلك لأن أهلية الأداء بالولاية كما تقدم ولا ولاية للعبد بخلاف التحمل. وعدم قبول شهادة العبد مذهب أصحابنا ومالك والشافعى. وقد استبعد الكمال بن الهمام فى فتح القدير عدم قبول شهادته وكذلك ابن القيم فى أعلام الموقعين فانه قال: إن حكم النبى صلى الله عليه وسلم بشهادة الأمة الواحدة على فعل نفسها يتضمن قبول شهادة العبد. وقد حكى الإمام أحمد عن أنس بن مالك إجماع الصحابة على قبول شهادته فقال: ما علمت أحداً رد شهادة العبد، وهذا هو الصواب فانه إذا قبلت شهادته على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حكم يلزم الأمة فلأن تقبل شهادته على واحد من الأمة فى حكم جزئى أولى وأحرى وإذا قبلت شهادته على حكم الله ورسوله فى الأبخاع والدماء والأموال فى الفتوى فلأن تقبل شهادته على واحد من الناس أولى وأحرى. كيف وهو داخل فى قوله تعالى: «واشهدوا ذوى عدل منكم» فانه منا وهو عدل وقد عدله النبى صلى الله عليه وسلم بقوله: «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله» وعدلته الأمة فى الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والفتوى. وهو من رجالنا فيدخل فى قول عمر بن الخطاب. والمسلمون عدول بعضهم على بعض. وهو صادق فيجب العمل بخبره وألا يرد، فان الشريعة لا ترد خبر الصادق بل تعمل به. وليس بفاسق فلا يجب التثبت فى خبره وشهادته، وهذا كله من تمام رحمة الله وعنايته بعباده وإكمال دينهم لهم وإتمام نعمته عليهم بشريعته لئلا تضيق حقوق الله وحقوق عباده مع ظهور الحق بشهادة الصادق. ولكن إذا أمكن حفظ الحقوق بأعلى الطريقين فهو أولى كما أمر بالكتاب والشهود لأنه أبلغ فى حفظ الحقوق أهـ «٣» .

«٣» قارن هذا بما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفى من أن القاضى لو حكم فى حادثة حكماً نهائياً ثم ظهر أن الشهود عيب بطل القضاء لأنه مبنى على باطل.

أقول أنظر ما كتبه القرافي في الفروق بين الشهادة والرواية وقارنه بما قاله ابن القيم هنا لعله يظهر لك وجه الصواب.

المبحث الثاني

اتصاف الشاهد بما يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب:

١ - العدالة

معنى العدالة فى اللغة الاستقامة وأحسن ما قيل فى تعريف العدل اصطلاحاً ماروى عن أبى يوسف: العدل هو من لا يأتى بكبيرة ولا يصصر على صغيرة، ويكون ستره أكثر من هتكه، وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة أهـ.

والعدالة شرط وجوب القضاء على القاضى لا شرط صحته ونفاذه، فلو قضى بشهادة فاسق نفذ قضاؤه لوجود أهلية الشهادة وهى الولاية، لكنه يكون آثماً «كما فى الدر نقلاً عن الفتح، وعبرة الفتح: وكان عاصياً» لأن فى قبول شهادة الفاسق اكراماً له وقد أمرنا بخلاف ذلك فى حديث: إذا لقيت الفاسق فألقه بوجه مكفهر «أى شديد العبوسة» وقيد فى الدر نفاذ القضاء بشهادة الفاسق بأن يغلب على ظن القاضى صدق الشاهد. قال وهو مما يحفظ..

ونقل فى تكملة رد المحتار عن جامع الفتاوى ان القاضى إذا تحرى الصدق فى شهادة الفاسق تقبل وإلا فلا. وعن أبى يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً فى الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجهاته ويمتنع عن الكذب لمروءته أهـ. قال فى الفتح: هذا تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل أ. هـ.

قال فى البحر ما خلاصته: إن كان المراد بالنص قوله تعالى «واشهدوا ذوى عدل منكم» فدلالته على عدم قبول غير العدل إنما هو بالمفهوم وهو غير معتبر عندنا. وان كان المراد بالنص قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا» فليس فيه ما يمنع قبول شهادة الفاسق لأنه أمر بالتبين أو التثبت ولم يأمر بالرد فاذا تبين القاضى وتحرى وغلب على ظنه الصدق فى الشهادة جاز له أن يحكم وكان عاملاً بالنص لا مخالفاً له.

والحاصل ان الشهود إذا كانوا عدولاً فالقاضى ملزم بالقضاء بشهادتهم وان كانوا فاسقاً فالخيار له فى القضاء. وظاهر القول إنه لو تحرى وتثبت ثم حكم لا يكون آثماً ولا عاصياً خلافاً للفتح والدر وقد تعرض الفقهاء لبيان من لا تقبل شهادته لفسقه أو لعدم مروءته ولم أر حاجة لإيراد شىء من ذلك هنا فمن شاء فليراجع فى الكتب الفقهية.

قال فى ظفر اللاضى: لا وجه لقبول من ليس بعدل فان اعتبار العدالة أمر نطق به الكتاب العزيز والسنة المطهرة ومع ذلك فهو مجمع على اعتبارها كما حكى ذلك غير واحد. والاختلاف فى تحقيق مفهومها وبيان ماهيتها لا يخرجها عن كونها معتبرة بالنص والاجماع، ولا اختلاف بين المتكلمين فى اعتبار العدالة انها غير معتبرة فى الاخبار المفيدة للتواتر. وها هنا بحث لشيخنا وبركتنا الشوكانى ينبغى التنبه له وأمعان النظر فيه، وهو أن كثيراً من القرى التى يسكنها جماعة من الحرائين المعروفين الآن بالقبائل قد لا يوجد فى القرية الواحدة وان كثر الساكنون بها من يستحق أن يطلق عليه اسم العدل قط بل يكون أكثر أهلها ان لم يكونوا كلهم متساهلاً فى الايقان بأركان الإسلام كالصلاة والصوم ونحوها وأن صلى مثلاً وفعل صلاة لا يحسن لها ذكراً ولا يقيم لها ركناً، بل كثير منهم لا يحسن النطق بكلمة الشهادة فكان حالهم فى ذلك ظلمات بعضها فوق بعض ثم يقع بينهم التظالم فى الدماء والأموال وليس فيهم عدل معتبر فى الشهادة ولا يحضرهم عدل من غيرهم فيترافعون إلى حكام الشريعة ونحن نعلم انهم لا يتورعون عن منكر من المنكرات ولا يتوقفون عند حد من حدود الشرع ويقدمون على الإيمان الفاجرة وعلى شهادات الزور، فماذا يصنع الحاكم عند ترافعهم إليه؟ ان وقف على اعتبار العدالة فى الشهود وعلموا ذلك منه سفكوا الدماء وهتكوا الحرم وأكل بعضهم أموال بعض وهم فى أمن من أن يقبل عليهم شاهد أو يلتفت إلى أخبار محبر. بل غاية ما هناك أن الحكم يسد باب البيئة والاخبار إذ لا عدل معتبر ولم يبق إلا تحليف الخصم الذى علم كل عالم بحاله ان اليمين الفاجرة أهون شئ عليه وأيسر أمر عنده. ولو يسمعون على كثرتهم وتطبيقهم لهذه الديار اليمينية بأنه ليس على من قتل نفساً أو أخذ مالا أو هتك حرمة إلا اليمين لكان ذلك من أعظم البواعث لهم على الإفراط فى ذلك والتهافت عليه والتتابع وحيث يفتح لهم باب شر لا يغلق وتضرم فيهم نار فتنة لا تنطفئ أبداً وهذه الشريعة المطهرة من عرفها حق معرفتها وجددها مبنية على جلب المنافع ودفع المفاسد، واعتبار هذا الأصل العظيم وشواهد من الكتاب والسنة كثيرة جداً تحتل مؤلفاً مستقلاً. فان قال الحاكم المترافع إليه هات البيئة التى معك ثم سمعها واستكثر من عددها حتى تلوح له إمارات الصدق أو يبلغ إلى حد التواتر كان ذلك أقرب إلى اعتبار جلب المصلحة الشرعية ودفع المفاسد المخالفة للشرع وأزجر لهؤلاء العوام عن انتهاك

الحرم وسفك الدماء ونهب الأموال فان جاء المدعى بما يفيد ذلك ويتضح به الصواب فيها ونعمت وان لم يأت بذلك رجع إلى اليمين الشرعية التي لا يعتبر في قطعها للحق كون صاحبها غير فاجر لا يتورع عن اليمين الفاجرة، وكان في ذلك زجر للعصاة وأهل الجسارة عن أن يسفكوا الدماء ويتهبوا الأموال ويهتكوا الحرم، وليس في الإمكان ابدع مما كان. انتهى بحروفه.

وأقول إذا وصل الأمر إلى اليمين فقد جاء الفرج للمدعى عليه ما دام القوم على الحال التي وصفها آنفاً فالأولى التماس الحيلة في الوصول إلى الحق بما تميزه السياسة الشرعية درءاً للفساد في الأرض، ولكل قوم من ذلك ما يناسبهم على حساب ما يلائم أحوالهم ويكفل دفع شرهم واستتباب الأمن بينهم، وأنظر ما تقدم في صفحة ٣٨ ففيه مثال لذلك.

هذا وقد عقد ابن فرحون في تبصرته باباً في القضاء بشهادة غير العدول للضرورة وضمنه بحوثاً جيدة وهو موافق في المعنى لما قدمناه آنفاً عن الإمام الشوكاني. أقول ولم لا يضم إلى هذا الاعتماد على القرائن والملابسات حتى يتكون للقاضي رأى تسكن إليه نفسه يمكنه إلى تقرير الدليل.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن ..

من الأصول المقررة في المذهب الحنفي تحقق عدالة الشاهد مالم يتم الدليل على غير ذلك وأنه إذا تضمنت الشهادة معنى النفع أو الدفع صار الشاهد متهماً في شهادته ولا شهادة لمتهم وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده وجدان القاضي وشعوره فلا يلزم بإبداء الأسباب (١).

المقرر في الفقه الحنفي أن .. ويشترط فيمن تقبل شهادته أن يكون عدلاً بمعنى أن يتجنب الكبائر ولا يصير على الصغائر ويؤدي الفرائض وتغلب حسناته وسيئاته والأصل تحقق العدالة في الشاهد مالم يطعن فيه الخصم (٢).

(١) طعن رقم ٢٢ سنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ١١/٢٠/ ١٩٩٠ مجموعة الكتب الفنى سنة ٤١

ص ٧٠٧

(٢) طعن رقم ١٧ لسنة ٤٨ «أحوال شخصية» جلسة ١/٢/ ١٩٨٠

المحكمة غير ملزمة بالتصريح فى أسبابها بعدالة الشاهدين اللذين أوردت مضمون أقوالها وأخذت بها(٣).

الأصل فى المذهب الحنفى.. عدالة الشهادة.. انطواء الشهادة على النفع أو الدفع.. أثره.. اتهام الشاهد.. العداوة الدنيوية المانعة من قبول الشهادة.. المقصود بها.. اختلاق الطاعن خصومة بينه وبين الشاهد.. لا أثر له على قبول الشهادة.. الاطمئنان إلى الشاهد مرده وجدان القاضى وشعوره دون التزام بإبداء الأسباب(٤).

(٣) الطعن رقم ٢٤ سنة ٣٩ ق أحوال شخصية جلسة ٢٣ / ٥ / ١٩٧٣ مجموعة المكتب الفنى لسنة ٢٤ ص ٨١٦ .

(٤) الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢١ / ١٢ / ١٩٩٩ .

٢ — كون الشاهد غير متصف بما يخل بالمروءة

المروءة هي الانسانية وهي مشتقة من المرء.

ومن ترك الانسانية لم يؤمن أن يشهد بالزور ولأن من لا يستحي من الناس في ترك المروءة لم يبال بما يصنع.

وعدم المروءة الذي ليس سببه الفسق عن الدين يختلف باختلاف عادات الناس في كل زمان ومكان فيجب الرجوع الى العرف وقد عد الفقهاء من ذلك ما ليس مخالفاً بالمروءة في عرفنا الان كحلق اللحية لأن ذلك أمر يرجع إلى العادة من غير شك واستدل في المذهب على عدم قبول من لا مروءة له كالذي يأكل في الأسواق ويمشي مكشوف الرأس في موضع لا عادة له بكشف الرأس فيه بما روى أبو مسعود البدرى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت» أ. هـ.. قال واختلف أصحابنا (يعنى الشافعية) في أصحاب الصنائع الدنيئة إذا حسنت طريقتهم في الدين كالكناس والزبال، فمنهم من قال لا تقبل شهادتهم لدناءتهم ونقصان مروءتهم، ومنهم من قال تقبل شهادتهم لقوله تعالى (ان أكرمكم عن الله ائفواكم) ولأن هذه صناعة مباحة وبالناس اليها حاجة، فلم ترد بها الشهادة.

ومما يتصل بهذا عدم قبول شهادة المحدود في القذف ولو تاب لقوله (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) وقال الشافعي: تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى بعد ذلك: (الا الذين تابوا) فقد استثنى التائب.. قال في الهداية: قلنا الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى: «وأولئك هم الفاسقون» فهو استثناء منقطع بمعنى لكن قال في الفتح: والمسألة محررة في الأصول وهي أن الاستثناء اذا تعقب جملاً متعاطفة هل ينصرف الى الكل أو الى الأخيرة؟ فعند الشافعي ينصرف

الى الجميع، وقد تقدم ثلاث جمل وهى قوله تعالى «فاجلدوهم» «ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً» «وأولئك هم الفاسقون» قال والظاهر من عطف ولا تقبلوا انه داخل فى حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأييد، أما المناسبة فلأن رد شهادته مؤلمة لقلبة مسبب عن فعل لسانه كما انه ألم قلب المقذوف بسبب فعل لسانه، ثم قال: وكذا قيد التأييد لا فائدة له الا تأييد الرد، وإلا فقال: ولا تقبلوا لهم شهادة، وأولئك هم الفاسقون جملة مستأنفة لبيان تعليل عدم القبول، ثم استثنى الذى تابوا من المجمل الأخيرة فصار المعنى: لكن الذين تابوا ويغفر الله لهم ويرحمهم انتهى المراد منه هنا وتماه فيه، ولتراجع المسألة فى مطولات كتب الشافعية وفى كتب الأصول فى مبحث الاستثناء وانظر اعلام الموقعين.

المبحث الثالث

انتفاء التهمة عن الشاهد

وهذا شرط لا بد منه لترجيح جانب الصدق على جانب الكذب فى الشهادة، فيشترط الا يكون فيها جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه، لأن الأصل فى بناء الأحكام القضائية على الشهادة التى لانفيذ الا ظناً انما هو دفع حاجة الناس واضطرارهم فى اثبات حقوقهم اليها كما قدمنا غير مرة فوجب ان يراعى فى خبر الشهود وفى أحوالهم ما يرجح صدقهم فيما يشهدون به بالقدر المستطاع، وعلى هذا قال أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله: لاتقبل شهادة الأصل لفرعه ولا الفرع لأصله ولا أحد الزوجين لصاحبه ولا الشريك لشريكه فيا هو من شركتهما ولا الأجير الخاص لمستأجره ولا الصديق لصديقه إذا وصلت صداقتهما الى درجة أن يتصرف أحدهما فى مال الآخر بلا ممانعة، فاذا لم تصل الصداقة الى هذا الحد قبلت الشهادة، قالوا وذلك لتمكن التهمة فيغلب على الظن كذب الشاهد، ويشترط ايضاً ألا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دينوية لأن العداوة لأجل الدنيا حرام، فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه، أما اذا كانت العداوة دينية فانها لاتمنع لأنها تدل على كمال دين الشاهد وعدالته لأن المعادة قد تكون واجبة بأن رأى فيه منكراً شرعاً ونهاه فلم يته، وتعرف العداوة الدينوية بالعرف، قالوا: ومن ذلك ألا يكون الشاهد خصماً فلا تصح شهادة الوصى لليتيم، والوكيل للموكل لأن كل واحد منهما يكون مدعياً وشاهداً، وملحق بهذا شهادة المولى لعبده لأنها فى المعنى شهادة لنفسه، وجعلوا من هذا ايضاً شهادة الانسان على فعل نفسه، فلو قال الوكيل بالبيع أو الدلال كنا بعنا هذا المال الذى يدعى المشتري انه ملكه بسبب الشراء لاتقبل شهادتهما، أما لو شهدا بأن العين ملك المدعى ولم يصرحا بقولهما كنا بعنا قبلت الشهادة أنظر الدر وتكملة رد المحتار، والمجلة وشروحها والهداية والفتح والتبيين وغيرها من مطولات كتب المذهب.

وقال فى التبصرة وقوانين ابن جزى ما حاصله: من موانع قبول الشهادة تهمة الشاهد فيما يشهد به ولو كان فى ذاته عدلاً، ومن ذلك أن يكون فى الشهادة جر مغنم له أو دفع مغرم عنه كأن يشهد الوصى بدين للميت وكذا الموصى له ومثله دائن الميت، والمتفق عليه بمال للمنفق على غيره، وكشهادة المدين المعسر لرب الدين، وكأن يشهد من له دين على مفلس أن للمفلس ديناً على غيره ليصل بذلك الى دينه. أو يكون فى الشاهد ميل طبيعى للمشهود له: فلا تقبل شهادته لوالديه ولا لأجداده وجداته ولا شهادة واحد منهم له: ولا شهادة الزوج لامراته، ولا شهادتها له، ولا شهادة وصى لمحجوره واختلف فى شهادة الأخ لأخيه وقيل تقبل اذا كان عدلاً مبرزاً وقيل اذا لم يكن تحت صلته، واختلف فى شهادة الصهر لصهره والصديق لصديقه، وفى شهادة الرجل لابن امرأته، وفى شهادة المرأة لابن زوجها وفى شهادة الوالد لأحد ولديه على الآخر وفى شهادة الولد لأحد والديه على صاحبه، أو يكون فى الشاهد ميل على المشهود عليه فلا تقبل شهادة العدو على عدوه اذا كانت العداوة فى أمر دنيوى من مال أو جاه أو منصب أو خصام أو ما فى معنى ذلك بخلاف الدينية الا ان يؤدى فى افراط الاذى من الفاسق المعادى لفسقه لمن غضب عليه وهجره لله تعالى، لأن ذلك ربما أورث الشحنة وكذا لا تقبل شهادة الخصم على خصمه وكل من لا تقبل شهادته عليه تقبل له، وكل من لا تقبل شهادته له تقبل عليه.

وقال فى المذهب: ولا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وان سفلوا ولا شهادة الأولاد للوالدين وان علوا، وقال المزنى وأبو ثور تقبل، ووجهه قوله تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) فعم ولم يخص، ولأنهم كغيرهم فى العدالة فكانوا كغيرهم فى الشهادة، وهذا خطأ لما روى عن ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه

وسلم قال «لاتقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنة»^(١) وهذا متهم لأنه يميل اليه ميل الطبع^(٢) ولأن الولد بضعة من الوالد، ولهذا قال عليه السلام: يا عائشة «فاطمة بضعة منى» ولأن نفسه كنفسه وماله كماله، ولهذا قال عليه السلام لأبى معشر الدارمى «أنت ومالك لأبيك» وقال: «ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه» ولهذا يعتق عليه إذا ملكه^(٣) ويستحق عليه النفقة والآية نخصها بما ذكرناه وتقبل شهادة أحدهما على الآخر فى جميع الحقوق، قال: ومن أصحابنا من قال: لا تقبل شهادة الولد على الوالد فى إيجاب القصاص وحد القذف لأنه لم يلزمه القصاص بقتله ولا حد القذف يقذفه فلا يلزمه ذلك بقوله، والمذهب الأول لأنه انما ردت شهادته له للتهمة، ولا تهمة فى شهادته عليه.

ومن عدا الوالدين والأولاد من الأقارب كالأخ والعم وغيرهما تقبل شهادة بعضهم لبعض لأنه لم يجعل نفس احدهما كنفس الآخر فى العتق

(١) الظنين المتهم ومنه قوله تعالى: «وما هو على الغيب بظنين» بمتهم فى قراءة من قرأ بالظاء، وأما من قرأ بالضاد فانه أراد بيبخل.. والاحنة هى الحقد وفعلها من باب علم.. قال:

إذا كان فى صدر ابن عمك احنة	فلا تسترّها سوف يبدو دفينها
وجمعها احن قال: انما يرجو الحياة فتى	عاش فى أمن من الاحن
غير مأسوف على زمن	ينقضى بالهم والحزن

(٢) هو السجية بما جبل عليه الانسان من أصل الخلقة، والطبيعة مثله، والجمع طباع. قال:

إذا كان الطباع طباع سوء	فلا أدب يفيد ولا أديب
-------------------------	-----------------------

(٣) من ملك أحد أصوله أو فروعه عتق عليه بالاتفاق بين الشافعى وأبى حنيفة وأصحابه ثم اقتصر الشافعى على ذلك وأما أصحابنا فزادوا على ذلك ملك كل ذى رحم محرم، وعلى هذا فالتعليل المذكور هنا انما يتم على قول الشافعى ومن وافقه، وأما على قول أصحابنا فانه منقوض بمثل ملك الأخ أخاه فانه يتعمق عليه ومع ذلك تقبل شهادة الأخ لأخيه.

ولا ماله كماله فى النفقة «» ولذا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر لأن النكاح سبب لا يعتق به أحدهما على الآخر بالملك «»، فلم يمنع من شهادة أحدهما للآخر كقراءة ابن العم، ولا تقبل شهادة الزوج على زوجته فى الزنا لأن شهادته دعوى خيانة فى حقه فلم تقبل كشهادة المودع على المودع بالخيانة فى الوديعة، ولأنه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل كما لو شهد عليها انها جنت عليه انتهى بحذف يسير.

وقال فى أعلام الموقعين ما ملخصه: شهادة القريب لقريبه لا تقبل مع التهمة وتقبل بدونها، هذا هو الصحيح، وقد اختلف الفقهاء فى ذلك (فمنهم) من جوز شهادة القريب لقريبه مطلقاً كالأجنبى ولم يجعل القرابة مانعة من الشهادة بحال كما يقول أبو محمد بن حزم وغيره من أهل الظاهر، وهؤلاء يحتجون بالعموميات التى لا تفرق بين أجنبى وقريب، و(منهم) طائفة منعت شهادة الأصول للفروع والفروع للأصول خاصة وجوزت شهادة سائر الأقارب بعضهم لبعض، وهذا مذهب الشافعى وأحمد، قال: وليس مع هؤلاء نص صحيح بالمنع، ثم ساق أدلة الشافعى وافية وقد قدمت بعضها انفا ثم كر بالرد عليها أخيراً بما لا مزيد عليه (فليرجع إلى ذلك فيه) وقبل ذلك أورد أدلة المجوزين وهى الاستدلال بالنصوص العامة كما صنع المزنى وأبو ثور فيما ذكرناه سابقاً ثم نقل عن عمر بن الخطاب وشريح وعمر بن عبد العزيز وغيرهم من السلف الصالح وتابعيهم قبول شهادة الأصل للفرع، والفرع

(٤) نفقة الأخ على أخيه واجبة عند أبى حنيفة وأصحابه بشروطها ولا تجب عند الشافعى أصلاً بل النفقة الواجبة عنده قاصرة على الوالدين والمولودين فقط (انظر المذهب) وأما عندنا فهى واجبة لكل ذى رحم محرم على التفصيل المبين فى موضعه (أنظر كتابنا: نظام النفقات) فقد بيتنها فيه أتم بيان.

(٥) لا يجوز باتفاق زواج العبد بسيده ولا السيد بأمته، وإذا تزوج حر أمة فملكها بشراء ونحوه، أو تزوجت حرة عبداً فملكته كذلك فإن النكاح يفسخ فى الصورتين بالاتفاق، وانظر تعليل ذلك فى كتب الحنفية والشافعية.

للأصل والقريب لقريبه وأحد الزوجين للآخر، وقال فيما قاله نقلاً عن الزهرى لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح في شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا الأخ لأخيه، ولا الزوج لامرأته، ثم ظهر بعد ذلك من الناس أمور حملت الولاية على اتهامهم فتركت شهادة من يتهم إذا كانت من قرابة وصار ذلك من الولد والوالد والأخ والزوج والمرأة لم يتهم الا هؤلاء في آخر الزمان ثم قال، والصحيح انه تقبل شهادة الابن لآبيه والاب لابنه فيما لا شبهة فيه، وهذا أحد أقوال ثلاثة للإمام أحمد أ. هـ.

أقول: وعلى هذا فتقدير الشهادة وتعرف وجه التهمة فيما موكول الى القاضى فيرد ما يرى فيه تهمة ويقبل ما يراه بريئاً منا وهذا من الصعوبة بمكان، والأول أضبط وأسلم، والله أعلم.

هذا هو خلاصة ما قاله فقهاء الشرع الاسلامى فى هذا الموضوع ولأجل المقارنة أذكر هنا بايجاز ما جاء فى القانون مما يتعلق بذلك.
وهاك جملة القول فيه «٦٢».

جاء فى المادة «١٩٨» من قانون المرافعات الأهلى ما نصه «لايجوز رد شهادة أحد الشهود ولا تجريحه ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصام الا اذا كان غير قادر على التمييز سواء كان ذلك بسبب زيادة كبر أو صغر سنه، أو بسبب مرض فى جسمه، أو فى قواه العقلية، أو غير ذلك من هذا القبيل ..» (٧).

(٦) تنص المادة ٣٩ من مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية:

١ - يشترط لقبول الشهادة ألا يكون الشاهد متهماً فيها بأن تجر له مغنماً أو تدفع عنه مغرمًا.

٢ - فلا تقبل شهادة الشخص لفرعه أو أصله أو زوجة أو أخيه.

٣ - وإذا كان بين الشاهد وأحد الخصمين علاقة صداقة أو عداوة ونحوهما فللمحكمة ان تقبل الشهادة أو تردّها وفقاً لما تراه.

(٧) مادة ٨٢ من قانون الاثبات لايجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم الا أن يكون غير قادر

على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لى سبب آخر

وتقابل المادة ٦٤ من مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية.

فأنت ترى من هذا أن كل شهادة لا ترد أمام قاضى المحاكم الأهلية الا ما استثته هذه المادة وهو ظاهر لأن الشاهد الذى يكون فى الأحوال التى استثتها المادة وأمثالها لا ينبغى أن تعول المحكمة على شهادته، وجاء فى المادة «٢٣٠» من قانون المرافعات المختلط «انه فى حالة مرض للشاهد ينظر عند الاقتضاء فى قوة اقتداره على ادراك أهمية الشهادة المطلوب أدائها منه ويثبت ذلك فى محضر الاستجواب».

ومع ذلك فان القانون الأهلى قد أباح للخصوم ابداء ملحوظاتهم على الشهود واثبات هذه الملحوظات فى المحضر، أنظر المواد «٢١١ - الى ٢١٤».

وكذا اللائحة الشرعية جاءت بنظير ما جاء به قانون المرافعات الأهلى، أنظر المادتين «١٨٣، ١٨٤» و(٨).

هذا ما جاء فى القانون الأهلى، وأما القانون المختلط فقد جاء برد شهادة الشهود بسبب رابطة الزوجية والمصاهرة والقربة من جهة الأبوة وان علت وجهة البنة وان نزلت ومن جهة الحواشى الى الدرجة الرابعة بدخول الغاية (قارن هذا بما قدمناه عن فقهاء الشريعة الاسلامية) وقد اقتبس قانون المحاكم المختلطة عندنا هذا النظام من القانون الفرنسى، وهو نظام تركته قوانين العالم الحديثة، ومثل ما تقدم تجريح الشهود بالأسباب الآتية وهى:

(أ) - أن يكون الشاهد خصومة مقامة أمام المحاكم مع أحد الخصمين (ب) - أن يكون الشاهد محتملة وراثته لأحد الخصمين عند موته (ج) - ان يكون للشاهد مصلحة شخصية فى الدعوى بطريقة مباشرة (د) - ان يكون مستخدماً عند أحد الخصمين أو خادماً له (أنظر المادتين ٢٣٦ و ٢٣٧) منه، وقد أدخل على هذا القانون تعديلات بالقانون رقم ١٣ سنة ١٣، خلاصتها انه يجوز سماع شهادة الشهود المردودين، فى النصوص السابقة على سبيل الاستدلال بدون حلف اليمين اذا كانوا مقرين بسبب الرد وأما اذا كان هناك نزاع فى أمر ردهم فيسمعون بعد تأدية اليمين، ثم تنظر المحكمة فى طلب الرد عند نظرها فى الموضوع، وقد أجاز هذا القانون للمحكمة تقدير الظروف التى قد تؤثر فى

(٨) ويفهم من هذا أن تجريح الشاهد لا يزال مقبولاً فى المحاكم الشرعية، وأنه يجوز اثباته، على ما بينت هذه المادة: وهو حكم يقضى به العدل والنظام، وأما تزكية الشهود فقد استعيض عنها باليمين كما سبق، وسيأتى الكلام فيها وافياً.

عدالة الشاهد وصدق أقواله (أنظر كتاب المرافعات للأستاذ المرحوم عبدالحميد أبوهيف وكتاب قواعد المرافعات للأستاذ محمد العشماوى بك، وكتاب الوجيز فى المرافعات للأستاذ عبدالفتاح بك السيد).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

المقرر فى قضاء محكمة النقض أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها وسلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها هو مما تستقل به محكمة الموضوع طالما لم تخرج عن مدلولها.. «١».

— يشترط لصحة الشهادة شرعاً أن يكون الشاهد عدلاً غير متهم فى شهادته فلا يجوز أن يكون فى الشهادة جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه، كما لا تقبل شهادته متى كان بينه وبين المشهود عداوة دنيوية، إلا أن العداوة الدنيوية ليست هى كل خصومة تقع بين شخص وآخر فى حق من الحقوق، بل إن إبطال الشهادة مشروط بأن يشهد الشاهد على خصمه فى واقعة يخاصمه فيها ومثلوا لذلك بشهادة المقتدوف على القاذف والمقتطوع عليه الطريق على القاطع والمقتول عليه على القاتل والمجروح على الجارح والزوج على امرأته بالزنا إذا كان قذفها به أولاً، ولا يسوغ بداهة أن يخلق من يطعن على شهادة لهذا السبب خصومة مدعاة ليتخذ منها وسيلة لإبطالها.. «١».

— من الأصول المقررة شرعاً وجوب انتفاء التهمة عن الشاهد فلا تقبل شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله ولا أحد الزوجين لصاحبه، أما سائر القربات الأخرى فتقبل شهادة بعضهم لبعض وذلك مالم تتوافر لها أسباب التهمة من جر مغنم أو دفع مغرم.. «٣».

١ — الطعن رقم ٨٦٥ سنة ٦٨ ق أحوال شخصية جلسة ١٨/١١/٢٠٠٢، الطعن رقم ٦٧٨ سنة ٦٨ ق أحوال شخصية جلسة ٤/١١/٢٠٠٢، الطعن رقم ٤١ سنة ٤٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٢/٥/١٩٨١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص ١٤١٩.

٢ — الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٧٠ ق أحوال شخصية ٩/١١/٢٠٠٢، الطعن رقم ٢ سنة ٤٧ ق «أحوال شخصية» جلسة ١/١١/١٩٧٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٧٣ قاعدة ١٨٨٥.

٣ — طعن ٣٩ سنة ٥٠ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤/١١/٨١، طعن ٤٥ سنة ٤٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤/١١/٨١، طعن ٨ سنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٠/١/٧٩ سنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ٣١/٥/٧٨، الطعن رقم ٩ سنة ٥١ ق جلسة ٢٩/١٢/٨١.

الطعن رقم ٣ سنة ٤٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ٣/١٢/٧٥، والطعن رقم ١٥ سنة ٤١ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٦/٣/٧٥ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٨٠ — ٦٨١ قاعدة ١٩٠٨ — ١٩١٢.

- انتفاء التهمة عن الشاهد شرط لازم لترجيح جانب الصدق على جانب الكذب
سفلوا، لا يغير من ذلك كون الواقعة المشهود عليها من المسائل الشرعية أو الخلافات
المالية. (٤)

المقرر شرعاً أن من موانع قبول الشهادة عدم تهمة الشاهد فيما يشهد به ولو كان في
ذاته عدلاً، ومن ذلك شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله سواء علا الأصل أو سفل،
فلا تقبل شهادة الوالد لو الولد ولا لأجداده وجداته، ولا شهادة واحد منهم له. (٥)

- شهادة سائر القربات بعضهم لبعض مقبولة استثناء شهادة الأصل لفرعه أو
الفرع لأصله أو أحد الزوجين لصاحبه. مؤداة قبول شهادة العم لابن أو بنت أخيه. (٦)
- من المقرر في المذهب الحنفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - قبول
شهادة سائر القربات بعضهم لبعض - عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه - كالأخ
والأخت والعم والعمة والخال والخالة. (٧)

- قبول شهادة القربات بعضهم لبعض عدا شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله
أو أحد الزوجين لصاحبه، شرطه، ألا تتوافر لها أسباب التهمة من جلب مغنم أو دفع
مغرم. (٨)

(٤) الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٦ / ٥ / ٢٠٠١

(٥) الطعن رقم ٢٧ سنة ٤٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٧٨ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٩ ١٣٨٣.

(٦) الطعن رقم ١٣٣ لسنة ٧١ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٥ / ٢ / ٢٠٠٣

، الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٦٣ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٤ / ٢ / ٢٠٠٠

(٧) الطعن رقم ١٤٢ سنة ٥٨ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٧ / ٢ / ١٩٩٠ مجموعة المكتب الفنى لسنة ٤١
ص ٦٢٥.

(٨) الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٥ / ٢ / ١٩٩٩

الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٦٤ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٦ / ٤ / ١٩٩٩

الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٢ / ٦ / ١٩٩٩

مجلة القضاة السنة ٣١ العدد ١، ٢ ص ٦٤١ بند ١٣٧

، الطعن رقم ٣٩ سنة ٥٠ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٤ / ١١ / ١٩٨١.

- قبول شهادة القربابات بعضهم لبعض عدا شهادة الفرع لأصله والأصل لفرعه
وأحد الزوجين لصاحبه. (٩)

- لا تثريب على محكمة الموضوع ان هي إعتدت بأقوال شاهدين شقيقين طالما
أن التهمة متنتفة عنهما وليس لهما من صلة مانعة بالمشهود له، ولم يتحقق فيها مظنة
جلب مغنم أو دفع مغرم. (١٠)

- قبول الشهادة شرعاً، شرطاً، إنتفاء التهمة عن الشاهد، إدانة أحد شاهدي
المطعون ضدها بضرب الطاعن، مفاده، قيام عداوة دنيوية بينهما، أثره، افتقاد الشهادة
لأحد شروط قبولها، قضاء الحكم المطعون فيه بالتطبيق استناداً إليها وإغفاله الرد
على دفاع الطاعن الجوهري بالنعى على تلك الشهادة، قصور وخطأ. (١١)

- قبول الشهادة شرعاً، شرطاً، انتفاء التهمة عن الشاهد، إدانة أحد شاهدي
المطعون ضدها وآخر بضرب الطاعن، مفاده، قيام عداوة دنيوية بينهما، أثره افتقاد
الشهادة لأحد شروط قبولها، قضاء الحكم المطعون فيه بالتطبيق استناداً إليها. خطأ
وفساد في الاستدلال. (١٢)

(٩) الطعن رقم ٨٥ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٠٠١/٢/١٠

، الطعن رقم ٧٩ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٠٠١/١/٢٠

، الطعن رقم ٦٨ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٠٠١/١/٦

، الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٦٤ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥

، الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٦٣ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٣

مجلة نادى القضاة السنة ٣٠ العدد ١، ٢ ص ٥٣٠ بند ٧٤،

الطعن رقم ٩ لسنة ٥٠ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٨١/١٢/٢٩، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٢
ص ٢٤٦٨.

(١٠) الطعن رقم ١١ لسنة ٤٣ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٩٧٦/٣/١٧، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧
ص ٦٨٥.

(١١) الطعن رقم ٤٤٦ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٠٠١/٣/١٧

(١٢) الطعن رقم ٤٧٦ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٠٠٠/٧/٣

- العداوة الدنيوية المانعة من قبول الشهادة، المقصود بها، ليست كل خصومة تقع بين شخص وآخر في حق من الحقوق، شرط إبطالها أن يشهد الشاهد على خصمه في واقعة يخاصمه فيها، اختلاق الطاعن لخصومة، لا أثر له في إبطال الشهادة (١٣).
- إذا كان ما يشيره الطاعن من قيام عداوة دنيوية بينه وبين شاهدي المطعون عليهما لم يبينه في دفاعه أمام محكمة الموضوع، فلا يجوز له ابدأؤه لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع. (١٤)
- شهادة المستأجر للأجير، على عكس الأجير للمستأجر، مقبولة شرعاً، لأنها لا تجر للشاهد مغنماً ولا تدفع عنه مغرماً (١٥).

(١٣) الطعن رقم ٤٦٢ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٣ / ٤ / ٢٠٠١

، الطعن رقم ٨٥ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٠ / ٢ / ٢٠٠١

(١٤) الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢١ / ١٢ / ١٩٩٩

، الطعن رقم ١١ لسنة ٤٣ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٧ / ٣ / ١٩٧٦، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ص ٦٨٥.

(١٥) الطعن رقم ١١ لسنة ٣٧ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٥ / ١١ / ١٩٧٠، مجموعة المكتب الفني السنة

٢١ ص ١١٦١

المبحث الرابع

النطق والبصر

اشترط أصحابنا في الشاهد أن يكون بصيراً أنظر ما تقدم وأن يكون ناطقاً، وعللوا ذلك بأن قول الشاهد (أشهد) ركن الشهادة أو شرطها وهو لا يتأتى إلا من الناطق، وأنظر ما قاله في المبسوط في هذه المسألة في باب من لا تجوز شهادته. وهاك ما جاء في مذهبي الشافعي ومالك رحمهما الله في شهادة الأخرس والأعمى.

شهادة الأخرس (١):

قال في المذهب: اختلف أصحابنا في شهادة الأخرس فمنهم من قال تقبل لأن اشارته كعبارة الناطق في نكاحه وطلاقه فكذلك في الشهادة ومنهم من قال لا تقبل لأن إشارته أقيمت مقام العبارة في موضع الضرورة وهو في النكاح والطلاق لأنها لا تستفاد إلا من جهته، ولا ضرورة بنا إلى شهادته لأنها تصح من غيره بالنطق فلا تجوز بإشارته أهـ.

أقول: يؤخذ من هذا التعليل أن الأخرس لو تعين للشهادة فإنها تقبل عندهم بالاتفاق حفظاً للحقوق وصونها لها من الضياع ومواضع الضرورات مستثناة، والحجة لاثبات الحقوق مشروعة بحسب الإمكان.

وقال في التبصرة: إذا فهمت إشارة الأخرس جاز الحكم بها، ونقل عن القرافي أنه قال: إذا قطع الحاكم بفهم مقصوده من إشارته حكم بها، قال غيره لأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم فإذا فهم عنه بطريق يفهم عنه مثله قبلت منه كالنطق، ثم تكلم عن سائر تصرفات الأخرس مما لا حاجة إليه هنا.

(١) مادة «٨٢» من قانون الإثبات من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو الإشارة.

تقابل المادة «٦٥» من مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

شهادة الأعمى:

قال فى المذهب: يجوز أن يكون الأعمى شاهداً فيما يثبت بالاستفاضة لأن طريق العلم به السماع والأعمى كالبصير فى السماع ويجوز أن يكون شاهداً فى الترجمة لأنه يفسر ما سمعه بحضرة الحاكم وسماعه كسماع البصير، ولا يجوز أن يكون شاهداً على الأفعال كالقتل والغصب والزنا لأن طريق العلم بها البصر، ولا يجوز أن يكون شاهداً على الأقوال كالبيع والإقرار والنكاح والطلاق إذا كان المشهود عليه خارجاً عن يده، وحكى عن المزنى رحمه الله أنه قال يجوز أن يكون شاهداً فيها إذا عرف الصوت ووجهه انه إذا جاز أن يروى الحديث إذا عرف المحدث بالصوت ويستمتع بالزوجة إذا عرفها بالصوت جاز أن يشهد إذا عرف المشهود عليه بالصوت، وهذا خطأ لأن من شرط الشهادة العلم، وبالصوت لا يحصل له العلم بالمتكلم لأن الصوت يشبه الصوت، ويخالف رواية الحديث والاستمتاع بالزوجة لأن ذلك يجوز بالظن وهو خبر الواحد، وأما إذا جاء رجل وترك فمه على أذنه وطلق أو أعتق أو أقر ويد الأعمى على رأس الرجل فضبطه إلى أن حضر عند الحاكم فشهد عليه بما سمعه منه قبلت شهادته لأنه شهد عن علم، وإن تحمل الشهادة على فعل أو قول وهو يبصر ثم عمى نظرت، فإن كان لا يعرف المشهود عليه إلا بالعين وهو خارج عن يده فلم تقبل شهادته عليه لأنه لا علم له بمن يشهد عليه، وأن تحمل الشهادة ويده فى يده وهو بصير ثم عمى ولم تفارق يده يده حتى حضر إلى الحاكم وشهد عليه قبلت شهادته لأنه يشهد عليه عن علم، وأن تحمل الشهادة على رجل يعرفه بالاسم والنسب وهو بصير ثم عمى قبلت شهادته لأنه يشهد على من يعلمه.

وقال فى التبصرة: تجوز شهادة الأعمى عند مالك رحمه الله إذا كان المشهود عليه لازمه كثيراً حتى يقطع بأن ما سمعه صوت فلان، واستدل على ذلك بأن الصحابة كانوا يسألون أزواج النبى - صلى الله عليه وسلم - عن المسائل ويعملون على قولهن ولا يسمعون منهن غير الأصوات، وقال النبى - صلى الله عليه وسلم - «ان بلالا ينادى بليل فكلوا وشربوا حتى تسمعوا نداء ابن أم مكتوم» فأمر بالامساك عند

ندائه ولا يعلم إلا بصوته، وأيضاً فإنه يجوز للأعمى أن يطأ زوجته مع أنه لا يدرك غير كلامها، قال وكذلك تجوز شهادته فى الروائح والطعوم وكل ما يدرك بالחס غير البصر أه،

أقول: والذى يؤخذ من هذا ان شهادة الأعمى يؤخذ بها إذا انتفت عنها الشبهة على نحو ما قاله الشافعية والمالكية صوناً للحقوق من الضياع والله أعلم.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة في الشاهد

من الشروط ما يختص بموضع دون موضع وحالة دون حالة.
وهاك جملة القول فيها:

الإسلام (١)

إذا كان المشهود عليه مسلماً وعللوا ذلك بأن الشهادة فرع من فروع الولاية لما فيها من الإلزام بالحكم كما تقدم، ولا ولاية لغير مسلم على مسلم (٢)، وأما أهل الذمة فإنه يجوز شهادة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم لأن الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه ولأنه يجتنب ما يعتقده محرم ديانة، والكذب محظور في الأديان كلها، وإنما لم تقبل شهادته على المسلم لأنه لا ولاية له عليه كما تقدم، ولا تجوز شهادة الحربي المستأمن على الذمي لأنه لا ولاية له عليه إذ الذمي من أهل دارنا وهو أعلى حالاً من المستأمن.

وأما شهادة الذمي عليه فهي مقبولة كشهادة المسلم على الذمي، وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة فإن كانوا من أهل دارين لا تقبل لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية، وقال ابن أبي ليلى لا تقبل شهادة الذمي على الذمي إلا إذا اتحدت الملة كشهادة اليهودي على اليهودي والنصراني على النصراني، لأنه عند اختلاف الملة لا يؤمن التقول من بعضهم على بعض فترد الشهادة للتهمة، ورد عليه بأن ملل أهل الذمة وإن اختلفت لا قهر لبعضهم على بعض في دار

(١) اذكر هنا جملة المنقول عن فقهاءنا ثم أتبعه ببعض الملاحظات ونلاحظ أن المجلة العدلية سكنت عن هذا الشرط وكذا اللائحة الشرعية ومن المعلوم أن القوانين الوضعية لا تأبه للفوارق الدينية.

(٢) ومما يناسب ذكره هنا استطراداً ما جاء في مقالة افتتاحية في العدد (١٣٨٠٩) من صحيفة الأهرام الصادرة في ٢٩ يولية سنة ١٩٢٢ عنوانها (الانتداب - سوريا وفرنسا): أن أحد القضاة الفرنسيين في بيروت قال لشاهد سوري يشهد على فرنسي: لا نأخذ بشهادة سوري على فرنسي أهـ.

الإسلام فلا يجزئ بعضهم على التقول على بعض ونقل في الدر عن الاشباه انه قد تقبل شهادة غير المسلم على المسلم بطريق التبعية أو الضرورية فالشهادة تبعاً كشهادة ذميين على ذمى موكله مسلم ، والشهادة للضرورة كشهادة ذميين على ذمى أنه أوصى إلى ذمى وأحضر مسلماً عليه حق للميت، وكشهادة نصرانيين ان هذا النصراني ابن الميت فادعى هذا الابن على مسلم حقاً لمورثه النصراني، أما في المثال الأول فإن الشهادة تقبل على الوكيل قصداً وعلى الموكل المسلم ضمناً، وأما في المثالين الآخرين فإن الشهادة تقبل على الايصاء في الأول وعلى النسب في الثاني فيلزم المدعى عليه بأداء الحق الذي عليه للميت للوصى في الأول وللوارث في الثاني ووجهه - كما في الدرر - ان المسلمين لا يحضرون موت النصارى عادة، والوصايا تكون عند الموت غالباً، وسبب ثبوت النسب النكاح، والمسلمون لا يحضرون أنكحتهم كذلك، فلو لم تقبل شهادة النصارى على المسلم في اثبات الايصاء الذي بناؤه على الموت وفي النسب الذي بناؤه على النكاح أدى ذلك إلى ضياع الحقوق المتعلقة بالايصاء والنسب فقبلت للضرورة أهـ.

قال المولى عبدالحليم في حاشيته على الدر: وفيه إشارة إلى حادثة الفتوى، وهي: ذمية أسلم زوجها ثم مات فادعت مهرها عليه بوجه خصم شرعى قبلت شهادة أهل الذمة لثبوت مهرها عليه لضرورة عدم حضور المسلمين نكاحهم أهـ.

أقول: ومن المقرر في المذهب انه إذا تزوج مسلم كتابية بشهادة كتابيين جاز ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعليه الفتوى (أنظر الهداية وشروحها والتبيين).

وقال ابن القيم في اعلام الموقعين ما خلاصته: أن شهادة غير المسلمين على الوصية في السفر ثابتة بقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم» والمراد بقوله تعالى: من غيركم أى غير المؤمنين ولم يجيء بعد هذه الآية ما ينسخها فإنها من سورة المائدة، وسورة المائدة من آخر القرآن نزولاً وليس فيها منسوخ وليس لهذه الآية معارض، ولا يصح أن يكون المراد بقوله تعالى: «من غيركم» من غير قبيلتكم فإن الله سبحانه وتعالى خاطب بها المؤمنين كافة، ولم يخاطب بها قبيلة معينة حتى يكون قوله «من غيركم» أيتها القبيلة، والنبى - صلى الله عليه وسلم - لم يفهم هذا من

الآية بل انما فهم منها ما هي صريحة فيه، وكذلك أصحابه من بعده، والوصية في السفر قد لا يشهدا إلا أهل الذمة (٣) أهـ.

أقول واذا قد فهم المناط هان الأمر ووضح السبيل. (٤)

(٣) ونقل في الطرق الحكمية عن مالك رحمه الله أنه يجوز شهادة الطيب غير المسلم على المسلم للضرورة والحاجة، ونقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية قبول شهادة غير المسلم على المسلم إذا دعت إلى ذلك الضرورة سفراً وحضراً أهـ، وقد استوفى بحث هذا الموضوع وبيان آراء الفقهاء فيه من الصحابة والتابعين ومن بعدهم بما لا مزيد عليه فراجع.

(٤) وقد كانت المادة (٣٧) من الاقتراح بمشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تنص على: «تقبل شهادة غير المسلم على غير المسلم ولا تقبل شهادته على المسلم إلا عند الضرورة»، وقد استبعدت هذه المادة وحذفت من مشروع القانون عند المراجعة، وقد كانت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة تنص على.

يفرق الفقهاء المسلمون في الكلام على شهادة غير المسلم بين صورتين: أحدهما شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض. والثانية شهادتهم على المسلمين.

النسبة الأولى:

أما شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض فقط اختلفوا فيها قديماً وحديثاً.

ف قيل لا تجوز شهادتهم بعضهم على بعض ولا على غيرهم البتة لأن الله سبحانه قال: «من نرضون من الشهداء» وليسوا ممن نرضاه وليسوا بعدول وقد قال تعالى «واشهدوا ذوى عدل منكم».

وقيل تجوز شهادتهم بعضهم على بعض وعلى غيرهم من غير المسلمين فنجوز مثلاً شهادة النصراني على النصراني وعلى اليهودى والمجوسى وغيرهم من غير المسلمين وهكذا.

وقيل نجوز شهادة النصراني على النصراني واليهودى على اليهودى ولا تجوز شهادة أحدهما على الآخر أى أنه اذا اختلفت الملل لم تجز شهادة ملة على غير ملتها إلا المسلمين.

احتج القائلون بشهادتهم بالكتاب والسنة والمعقول.

١- أما الكتاب فقول تعالى: «ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار يؤديه إليك» (آل عمران: ٧٥) فأخبر

تعالى أن منهم الأمين على مثل هذا القدر من المال ولا ريب أن يكون مثل هذا أميناً على قرابته وذوى مذهبه أولى.

وقال تعالى: «والذين كفروا بعضهم أولياء بعض» (الانفال: ٧٣) فأثبت لهم الولاية على بعضهم بعضا. وهى أعلى رتبة من الشهادة وغاية الشهادة أن تشبه بها وإذا كان له أن يزوج أخته أو أخته ولى مال ولده فقبول شهادته عليه أولى وأحرى.

٢- وأما السنة فقد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بشهادتهم فى الحدود.

٣- وأما المعقول:

(أ) فقد اجاز الله سبحانه شهادة الكفار على المسلمين فى الوصية للحاجة. ومعلوم أن حاجتهم إلى قبول شهادة بعضهم على بعض أعظم بكثير من حاجة المسلمين إلى قبول شهادتهم عليهم فإن الكفار يتعاملون فيما بينهم بأنواع المعاملات من المديانات وعقود المعاوضات وغيرها ويقع بينهم الجنايات وعدوان بعضهم على بعض ولا يحضرهم فى الغالب مسلم ويتحاكمون إلينا فلو لم تقبل شهادتهم بعضهم على بعض لأدى ذلك إلى تظالمهم وضياع حقوقهم وفى ذلك فساد كبير فأين الحاجة إلى قبول شهادتهم على المسلمين فى السفر إلى الحاجة إلى قبول شهادة بعضهم على بعض فى السفر والحضر؟

(ب) والكافر قد يكون عدلا فى دينه بين قومه صادق للهجة عندهم فلا يمنعه من قبول شهادته عليهم إذا ارتضوه.. وقد رأينا كثيرا من الكفار يصدق فى حديثه ويؤدى أمانته بحيث يشار إليه فى ذلك ويشتهر به بين قومه وبين المسلمين بحيث يسكن القلب إلى صدقه وقبول خبره وشهادته مالا يسكن إلى كثير من المتسبين إلى الاسلام.. وقد أباح الله سبحانه معاملتهم وأكل طعامهم وحل نسائهم.. وذلك يستلزم الرجوع إلى أخبارهم قطعاً فإذا جاز لنا الاعتماد على أخبارهم فيما يتعلق بنا من الأعيان التى تحل وتحرم فلان نرجع إلى أخبارهم بالنسبة إلى ما يتعلق بهم من ذلك أولى وأخرى فإن قيل: هذا للحاجة فالرد ان ذاك أشد حاجة.

(ج) وقد أمر الله سبحانه وتعالى بالحكم بينهم أما ابجابا أو تخيرا والحكم اما بالاقرار أو التنبيه ومعلوم انه مع الاقرار لا يترافعون إلينا ولا يحتاجون إلى الحكم غالب وانما يحتاجون إلى الحكم عند التجاحد واقامة البينة وهم فى الغالب لا يحضرهم البينة من المسلمين. ومعلوم ان الحكم بينهم مقصوده العدل وإبصال كل ذى حق منهم إلى حقه فإذا غلب على الظن صدق مدعيهم بمن يحضره من الشهود الذين يرتضونهم ولا سيما اذا كثروا فالحكم بشهادتهم أقوى من الحكم بمجرد نكول ناكلهم أو يمينه. وهذا ظاهر.

٤- وأما قوله تعالى: «وأشهدوا ذوي عدل منكم» وقوله «من ترضون من الشهداء» وقوله «واستشهدوا

شهيدين من رجالكم» فهذا انما هو فى الحكم بين المسلمين فان السياق كله فى ذلك فلا تعرض فى شىء من ذلك

لحكم أهل الكتاب البتة ومما يوضح ذلك أنهم إذا رضوا بأن نحكم بينهم ورضوا بقبول قول بعضهم علي بعض فالزمنهم بما رضوا به لم يكن ذلك مخالفا لحكم الله ورسوله فإنه لا بد أن يكون الشاهد بينهم ممن يشقون به فلو كان معروفا بالكذب وشهادة الزور لم نقبله ولم نلزمهم بشهادته: (أنظر في أدلة المانعي والقابلين بالتفصيل: ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص ١٧٦ - ١٨٢)

الصورة الثانية:

أما الصورة الثانية وهى شهادتهم علي المسلم: فقد قال تعالى: يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم أن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله أن ارتبتم لا نشتري به ثمنا ولو كان ذا قربي ولا نكتب شهادة الله انا إذا لمن الآثمين» (المائدة: ١٠٦) فقال سبحانه «أو آخران من غيركم» أى من أهل الكتاب أو من غير أهل الملة وهذا موضوع ضرورة لأنه في سفر ولا نجد من يشهد من المسلمين على الوصية فلا تجوز شهادة أهل الذمة علي المسلم إلا في هذا الموضوع في السفر وفي الوصية.

والقول بموجب هذه الآية هو الحق الذى لا معدل عنه نصا وقياسا ومصلحة. وقول الإمام أحمد في قبول شهادتهم في هذا الموضوع «هو ضرورة يقتضى هذا التعديل قبولها في كل ضرورة حضرا وسفرا.

وعلى هذا لو قيل: يحلفون في شهادة بعضهم على بعض كما يحلفون في شهاداتهم علي المسلمين في وصية السفر لكان متوجها أى ذا وجه أى مقبولا.

ولو قيل: تقبل شهادتهم مع أيمانهم، في كل شيء عدم فيه المسلمون لكان له وجه يكون بدلا مطلقا.

قال ابن القيم: قال شيخنا رحمه الله تعالى: فعلى هذا كل موضع ضرورة غير المنصوص فيه، وفيه روايتان.. وفي اشتراط كونهم من أهل الكتاب روايتان وظاهر القرآن أنه لا يشترط وهو الصحيح لأنه سبحانه قال للمؤمنين «أو آخران من غيركم» وغير المؤمنين هم الكفار كلهم ولأنه موضع ضرورة وقد لا يحضر الموصى إلا كفار من غير أهل الكتاب وأن تقيده بأهل الكتاب لا دليل له.

وعلى هذا فهل يحكم بشهادة كافر وكافرتين في هذا الحال؟ يحتمل أن يقال بجواز ذلك وهو القياس فإن الأموال يقبل فيهما رجل وامرأتان وهو قول ابن حزم وهو يحتج بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «ليست شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل» وهذا العموم جواز الحكم أيضا في هذه الصورة بأربع نسوة كوافر وليس ببعيد عند الضرورة إذا لم يحضره إلا النساء بل هو محض الفقه.

ويتوجه أن ينقض حكم الحاكم إذا حكم بخلاف هذه الآية فإنه خالف نص الكتاب العزيز بدلالات ضعيفة. (راجع في تفصيل ذلك والخلاف فيه. ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص ١٨٢ - ١٩٤ وأبن فرحون التبصرة، ١: ٤٠٣ - ٤١٧. وأحمد إبراهيم، طرق القضاء، ص ٣٣٨ - ٣٤١)

والمقصود بالضرورة هنا الضرورة الشرعية، أى الضرورة التي قرها الشرع الإسلامى .

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

- الشهادة في اصطلاح الفقهاء - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير، ولو بلا دعوى، ويشترط في الشاهد الإسلام إذا كان المشهود عليه مسلماً وعللوا ذلك بأن الشهادة فرع من فروع الولاية لما فيها من الالتزام بالحكم ولا ولاية لغير مسلم على المسلم، وإذا كان الحكم المطعون فيه - على الأساس المتقدم - لم يقبل الإقرارات المنسوبة إلى السيدات النمسيات لأنها صدرت في غير مجلس القضاء، ومن مسيحيات على مسلم، وكان لا محل للأخذ بهذه الإقرارات واعتبارها قرينة قاطعة في حالة الضرورة، ذلك أن الفقه المعمول به لا يجيز شهادة غير المسلم على المسلم قصداً لأنها من باب الولاية على ما سلف، والقرارات المقدمة تتضمن شهادة مقصودة من غير المسلم على المسلم، ووجود المسلم في غير دار الإسلام، لا يعتبر ضرورة مسوغة لهذه الشهادة فقهاً كما أن الولاية مقطوعة باختلاف الدارين بين مقدمى الإقرار - السيدات النمسيات - وبين الزوجين، لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه، إذ لم يقبل الإقرارات المذكورة يكون التزام المفهوم الشرعى السليم ويكون النعى عليه في غير محله. (١)

- الإسلام المشروط في الشهادة، نطاقه أن يكون المشهود عليه مسلماً لأن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لغير مسلم على المسلم (٢).

- إستشهاد الطاعنة بشاهد مسيحي أمام محكمة أول درجة لا يحول بينها وبين تمكينها من إثبات دفاعها على الوجه الصحيح المتفق مع المنهج الشرعى أمام محكمة الاستئناف (٣).

(١) الطعن رقم ١٦ سنة ٣٨ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٧٤/٥/٥ - س ٢٥ ص ٩٧٩

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ص ٦٧٤، قاعدة ١٨٨٨.

(٢) الطعن رقم ٣٠٠ سنة ٦٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٨/١/٢٠.

مجلة نادى القضاة السنة ٣٠ العدد ١، ٢ يناير ديسمبر ١٩٩٨ ص ٥٣١ بند ٨١.

(٣) الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٧٠ ق أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٦

الذكورة

فى الشهادة على الحدود والقصاص لحديث الزهرى: مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص. وقال تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) ولأن فى شهادة النساء شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات (أنظر التبيين وانظر اعلام الموقعين ففيه جواز القضاء فى الحدود والقصاص بالقرائن وعدم وجوب الاقتصار على النصاب المعين).

الأصالة

فى الشهادة على الحدود والقصاص فلا تقبل فيها الشهادة على الشهادة لأن فيها شبهة البدلية.

العدد

فيما يطلع عليه الرجال.

الفرع الثالث

تقسيم المالكية للشهود

للمالكية تقسيم لمراتب الشهود فى الشهادة لا بأس بإيراده هنا وحاصلة أن المراتب إحدى عشرة: (١)

(١) الشاهد المبرز فى العدالة العالم بما تصح به الشهادة فتجوز شهادته فى كل شئ .

(٢) الشاهد المبرز فى العدالة غير العالم بما تصح به الشهادة وهذا حكمه كالأول إلا أنه يسأل عن كيفية علمه بما شهد به

(٣) الشاهد المعروف بالعدالة بما تصح به الشهادة فتجوز شهادته الا فى مواضع التهمة

(٤) الشاهد المعروف بالعدالة غير العالم بما تصح به الشهادة وحكمه كالثالث إلا أنه يسأل عن كيفية علمه بما شهد به

(٥) الشاهد المعروف بالعدالة اذا قذف قبل أن يحد. وهذا مختلف فى جواز شهادته والمشهور الجواز

(٦) الشاهد الذى يتوسم فيه العدالة تجوز شهادته دون تزكيته وهذا تجوز شهادته فى غير الحدود والقصاص على تفصيل فى بيان ما تقبل شهادته فيه

(٧) الشاهد الذى لا يتوسم فيه العدالة ولا الجواحة فهذا لا تجوز شهادته بدون التزكية

(٨) الشاهد الذى يتوسم به الجرحه فلا تجوز شهادته دون تزكيته ولا تكون شهادته شبهة توجب حكما خلافا لمن قبله

(٩) الشاهد الذى ثبت عليه جرحه قديمة أو يعلمها الحاكم فيه فلا تجوز شهادته دون تزكيته على تفصيل فى ذلك .

(١) التبصرة جزء أول ص ١٦٩ والبهجة.

(١٠) الشاهد المقيم على الجرحه وهذا لا تجوز شهادته ولا تزكيته إلا فيما
يستقبل بعد توبته

(١١) شاهد الزور وهذا لا تصح شهادته وان تاب وحسنت حاله، وقبل
يجوز بعد التوبة.
إنتهى باختصار

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل السابع

مراتب الشهادة أو نصابها

نصاب الشهادة هو ما تنصب عليه، أى يتوقف عليه وجودها الشرعى.

الشهادة على أربع مراتب

أجمع جمهور الفقهاء على أن الشهادة على أربع مراتب.

الأولى : الشهادة على الزنا.

الثانية : الشهادة على الحدود .

الثالثة : الشهادة على ما لا يطلع عليه الرجال .

الرابعة : الشهادة على سائر الحقوق .

وقال ابن جزى فى قوانينه: الشهادة على ست مراتب (الأولى) شهادة أربعة

رجال وذلك فى الشهادة على الرؤية فى الزنا باجماع (الثانية) شهادة رجلين وذلك

فى جميع الأمور سوى الزنا (الثالثة) شهادة رجل وامرأتين وذلك فى الأموال خاصة

دون حقوق الأبدان والنكاح والعق والدماء والجراح وما يتصل بذلك كله. واختلف

فى الوكالة على الأموال وأجازها أبوحنيفة فى النكاح والطلاق والعق، وأجازها

الظاهرية مطلقا (الرابعة) شهادة امرأتين دون رجل وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال

كالحمل والولادة والاستهلال وزوال البكارة وعيوب النساء وقيل إنما يعمل بها

بشرط أن يفشو ما شهدتا به عند الجيران ويتنشر. وقال الشافعى لابد من أربع نسوة.

وأجاز أبوحنيفة شهادة امرأة واحدة (الخامسة) رجل مع يمين وذلك فى الأموال

خاصة (السادسة) امرأتان مع يمين وذلك فى الأموال أيضا. وتلخص أن شهادة رجل

وامرأتين أو رجل ويمين أو امرأتين ويمين مختصه بالأموال أهـ.

الفرع الأول

الشهادة على الزنا

(المرتبة الأولى) الشهادة على الزنا:

ولابد فيها من أربعة من الرجال على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء قالوا ما ملخصه أن الدليل على أن نصاب الشهادة في الزنا أربعة من الرجال، النص والجماع .

النص والاجماع

(أولا) بالنسبة للنص فهو قوله تعالى: «واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم» وقوله «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء» وقوله تعالى: «لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء» وقوله صلى الله عليه وسلم «أنت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك».

وقالوا هذه الألفاظ موضوعة للمذكر دون المؤنث، وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكورة فيه، لأن الله تعالى يحب الستر على عباده، وقد أوعد بالعذاب من أحب أشاعة الفاحشة على المؤمنين.

وفي اشتراط الأربعة مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر اذ وقوف الأربعة على هذه الفاحشة قلما يتحقق. وأوجب على من نسب إلى هذه الفاحشة الحد أن كان غير زوج، واللعان أن كان زوجا. كل ذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الاظهار.

قالوا- ولا يقال ليس في هذه النصوص إلا بيان جواز العمل بهذا العدد. وليس فيه بيان ما يمنع العمل بأقل منه. لأننا نقول هو كذلك، لأن التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور، ولكن لا يوجب ايضا. فمن ادعى جواز مادونه احتاج الى دليل، كما أن النافي للحكم عند انتفائه لا ينفيه إلا لعدم دليل يقتضيه إذ لا يثبت الحكم الشرعى بغير دليل. وقد وجدنا الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد المذكور هنا وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم الى يومنا هذا على أن الشهود على الزنا إذا نقص عددهم وعن الأربعة يجب عليهم الحد^(١) لكونهم قذفة. وقد حد عمر

(١) أى حد القذف.

رضى الله عنه الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بالزنا^(٢) ولو كان الزنا يثبت بما دون هذا العدد المنصوص عليه لما وجب عليهم الحد، بل كان يجب على المنسوب إلى الزنا.

قالوا- ولا يجوز قياس الزنا على غيره من الحقوق كالحق الموجب للتعزير، وكسائر الحقوق الأخرى لعدم التساوى بين الفرع المقيس والأصل المقيس عليه، لوجود النص فى الفرع، وشرط القياس المساواة بين الأصل والفرع فى علة الحكم، وألا يكون فى الفرع نص يمكن العمل به، فان هذا لا محالة يقدم على الحكم، والمستنبط بالقياس، والقاعدة المستمرة أنه لا قياس مع النص.

والحاصل أن الله تعالى إنما أمر بالعدد فى شهود الزنا وجعلهم أربعة من الرجال خاصة لأن الزنا مأمور فيه بالستر إذ اعلانه فضيحة من أشنع الفضائح، وقتل معنوى لذوى الكرامات، ولهذا غلظ فيه النصاب فانه ليس هناك حق يضيع، وانما هو حد وعقوبة والعقوبات تدرأ بالشبهات، وقد ورد فى ذلك من الآثار النبوية ما فيه الكفاية، ولا سيما اذا كان الزانى أو الزانية قد ارتكب جريمته فى الخفاء ولم يشتهر ذلك ولم يتكرر فلا شك ولا ريب أن الستر فيه أفضل.

لكنى أورد هنا بعض ملاحظات على ما تقدم فأقول:

بالنسبة للألفاظ التى وردت بها النصوص وانها موضوعة للمذكر دون المؤنث.

لقائل أن يقول: أن الأحكام المذكورة بصيغة المذكرين إذا اطلقت ولم تقتصر بالمؤنث^(٣) فإنها قد تتناول المذكرين وحدهم وقد تتناول الرجال والنساء معاً لأن القاعدة المطردة أنه إذا جمع المذكر والمؤنث بلفظ واحد غلب جانب المذكر. تقول زيد وهند وفاطمة قائمون، ولو كان مع الجنسين غير عاقل غلب أيضاً جانب المذكر العاقل تقول زيد وامراته وكلبهما واقفون بالباب وهذا من المسائل التى لا تقبل الجدل لأنها مفروغ منها.

ومن ذلك قوله تعالى: «ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» وقوله «فان كان له أخوة

(٢) القصة المذكورة بالتفصيل فى تاريخ الكامل لابن الأثير.

(٣) مثال ذلك المؤمنين والمؤمنات، والصابرين والصابرات، ففى ذلك ونحوه، الجمع المذكر كل أفراد مذكرون والجمع المؤنث كل أفراد إناث.

فلأمة السدس» فان الجمع فى كل واحد من المثالين يتناول الذكور والاناث على السواء. وعلى هذا يكون النص محتملاً لأن يكون الأربعة كلهم مذكرين ولأن يكونوا خليطاً من الرجال والنساء على ما أسمعناك.

(ثانياً) بالنسبة للاجماع:

أقول: لقائل أن يقول انه لا اجماع، فقد نقل ابن القيم عن عطاء ابن أبى رباح (٤) أنه قال- لو شهد عندى ثمانى نسوة على امرأة بالزنا لرجمتها. ونقل عنه أيضاً أنه قال- تجوز شهادة النساء مع الرجال فى كل شئ، ويجوز على الزنا امرأتان وثلاثة رجال. ونقل عن بعض الفقهاء أن شهادة النساء تجوز فى الحدود. وبهذا يظهر لنا أن النص قابل للتأويل بمقتضى قواعد اللغة التى نزل بها الكتاب العزيز وهى لغة النبى عليه الصلاة والسلام، وأن دعوى الاجماع لم تثبت.

(ثالثاً) من جهة اقامة حد القذف على شهود الزنا إذا لم يتكامل النصاب ودعوى الإجماع على ذلك.

أقول- لقائل أن يقول أن دعوى الإجماع غير ثابتة، ولا بد لاثباتها من دليل ولا يكفى أن تثبت الدعوى بدعوى مثلها.

وبعد فقد نقل فى المذهب (٥) (شافعى) فى المسألة قولين وهاك عبارته بنصها قال: وإن شهد ثلاثة بالزنا ففيه قولان (أحدهما) أنهم قذفوه ويحدون وهو أشهر القولين لأن عمر رضى الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة. وروى ابن الوصى (٦) أن

(٤) هو عطاء بن أبى رباح مولى قريش. وكان أسود اللون وأبوه نوبى وقال عن نفسه أنه ولد سنة ٢٧ من الهجرة. وأخذ عطاء الحديث عن جمع من أعلام الصحابة منهم ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما، وقد ادرک عطاء مائتين من الصحابة. وهو من كبار التابعين وكان عطاء أكبر المفتين وأوسعهم علماً بمكة. وقد قال فيه ابن عباس مخاطباً أهل مكة، إنكم تجتمعون إلى وعندكم عطاء، وكان بنو أمية فى عصرهم يأمرؤن فى حجاج البيت الحرام صائحاً يصيح- لا يفتى الناس إلا عطاء بن أبى رباح. وقد أخذ العلم والحديث عن عطاء خلق كثير. وقال فيه الإمام أبو حنيفة ما رأيت أفقه من عطاء وكانت وفاته سنة ١١٠ من الهجرة. واسم أبى رباح أسلم. هذا هو عطاء.

(٥) ص ٣٥٠ سطر ٢٠ وما بعده.

(٦) هكذا بالأصل.

ثلاثة شهدوا على رجل بالزنا، وقال الرابع رأيتهما فى ثوب واحد فان كل هذا زنا فهو ذلك. فجلد على ابن أبى طالب رضى الله عنه الثلاثة وعزر الرجل والمرأة ولأننا لو لم نوجب الحد جعل القذف بلفظ الشهادة طريقا إلى القذف.

والقول الثانى أنهم لا يحدون لأن الشهادة على الزنا أمر جائز فلا يوجب الحد كسائر الجائزات ولأن إيجاب الحد عليهم يؤدى إلى أن لا يشهد أحد بالزنا خوفا من أن يقف الرابع عن الشهادة فيحدون، فتبطل الشهادة على الزنا أهـ.

وأقول ان ما صنعه عمر وعلى رضى الله عنهما إنما هو اجتهاد منهما وعمل الصحابى المبنى على اجتهاده ليس حجة يجب علينا الأخذ بها على القول الصحيح - راجع كتب الأصول.

على أنى أرى أنه يجب التفصيل فى المسألة فإذا تبين للقاضى من القرائن وظروف الحادثة أن الشهود سيئو النية وأن قصدهم التشهير بالمشهود عليه أو عليها ففى هذه الحالة يجب تعزيرهم على ما يتراءى للقاضى بحسب الظروف، ولعل ما صنعه عمر وعلى رضى الله عنهما كان لما تبين لهما من ظروف الحادثة أو لأمر سياسى ترجح مصلحته على غيرها وقد يكون بينا فى مسألة المغيرة.

وأن اقتنع القاضى بأن الشهود حسنو النية وأنه لا قصد لهم فى التشهير بالمشهود عليه وإنما غرضهم إقامة حدود الله لا غير فلا معنى لتعزيرهم فضلا عن إقامة حد القذف. هذا على ما أرى هو القول الفصل فى المسألة إن شاء الله.

والزنا كما يثبت بالشهادة يثبت أيضا بالاقرار وهذا بالاجماع، ويثبت عند بعض الفقهاء بالقرائن اقتداء بقضاء عمر وعثمان وابن مسعود رضى الله عنهم فى ذلك. وبعد فالواجب هو الاحتياط والستر فى حق غير المستهترين المتهتكين الذين لا يبالون ما يفعلون ولا ما يقال بشأنهم لموت ضمائرهم وفقد احساسهم.

بقيت هنا مسألة نختم بها الموضوع. وهى ما إذا قال زيد لزوجته أن زنى فأتت طالق فشهد شاهدان بأنه زنى فإن امرأته تطلق منه بسبب وجود الشرط المعلق طلاقها عليه، وهذا الشرط يكفى لإثباته رجلا، بل رجل وامرأتان، ولكن لا يقام عليه حد الزنا لأن نصاب الشهادة على ذلك لم يتم. ونظير هذه المسألة جميع الحقوق التى تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وتكون صحيحة مع التعليق. (انظر الدر المختار).

أقول: يا ترى هل يعتبر الشاهدان قاذفين لعدم توافر نصاب الشهادة على الزنا فيحدان حد القذف أم يدراً عنهما الحد أن قاما بواجب وهو أداء الشهادة على شرط علق عليه الطلاق وفي شهادتهما هذه حسيبة ظاهرة؟

الفرع الثانى

الشهادة على الحدود

(المرتبة الثانية) الشهادة على سائر الحدود والقصاص

مذهب الجمهور أنه لا يقبل فيها إلا رجلان، ولا تقبل فيها شهادة النساء. واستدلوا على ذلك بما قاله الزهرى - مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص أ هـ.

وقال فى نيل الأوطار: وقع الخلاف فى قبول شهادة النساء فى القصاص كشهادة المرأتين مع الرجل، فحكى صاحب البحر عن الأوزاعى، والزهرى، أن القصاص كالأموال تكفى فيه شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، وأما ما رواه مالك عن الزهرى أنه قال: لا يجوز شهادة النساء فى الحدود ولا النكاح ولا الطلاق - وقيس على الثلاثة باقى المذكورات بجامع أنها ليست بمال، ولا يقصد منها مال، بل القصد من الوكالة والوصاية الراجعتين إلى المال، الولاية والخلافة - فهو حديث مرسل لا تقوم به حجة، وقد روى بإسناد فيه الحجاج بن أرطاة، وهو ضعيف. وعلى هذا لا يصلح هذا الحديث لتخصيص عموم القرآن باعتبار ما دخل تحت نصه، فضلاً عما لم يدخل تحته، بل ألحق به بطريق القياس أ هـ.

وقد تقدم ما نقله ابن القيم عن بعض الفقهاء من أنه تجوز شهادة النساء فى الحدود.

وأقول أن عطاء بن أبى رباح الذى يقول بجواز شهادة النساء منفردات، أو مع الرجال، على الزنا، أولى به أن يقوم هذا فى شهادتهن على سائر الحدود لأنها أخف من حد الزنا وكلها حدود.

الفرع الثالث

الشهادة على مالا يطلع عليه الرجال

(المرتبة الثالثة) الشهادة على مالا يطلع عليه الرجال عادة من شئون النساء.

ويكفى لذلك شهادة امرأة واحدة، وهذا عند أبي حنيفة واستدلوا على ذلك بحديث «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه» قالوا - والجمع المحلى بالألف واللام إذا لم يكن ثم معهود، يراد به الجنس، فيتناول الأقل. ونقلوا عن حذيفة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة على الولادة.

وقال الشافعى يشترط فيه أربع من النساء، لأن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد فى الشهادة.

وذهب مالك وابن أبى ليلى والنورى إلى أنه يشترط أن يشهد فيه اثنتان من النساء، لأن المعتبر فى باب الشهادات شيئان، العدد، والذكورة، وقد تعذر اعتبار أحدهما وهو الذكورة فبقى الآخر وهو العدد على حاله.

ويرد على هؤلاء الحديث، المتقدم، ولأنه إنما سقط اشتراط الذكورة ليخف النظر، لأن نظر الجنس إلى جنسه - أى نظر النساء أخف. لكن الأحوط الاثنتان، أو الأكثر لما فى ذلك من معنى الالتزام - أى الزام القاضى بأن يقضى على حسب الشهادة.

على أنه قد تقبل شهادة رجل واحد، قال فى المبسوط لو شهد بالولادة رجل بأن قال فاجأتها فاتفق نظرى إليها، تقبل شهادته إن كان عدلا، ولو قال تعمدت النظر لا يقبل، وبه قال بعض أصحاب الشافعى.

وقال بعض علماء الحنفية والشافعية أن الشهادة تقبل أيضا فى هذه الحالة أ هـ. ولا سيما إذا دعت الضرورة أو الحاجة إلى ذلك كأن يكون الشاهد طبيبا ولا مندوحة عنه.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن ..

- لما كانت الشهادة فى اصطلاح الفقهاء هى إخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات. حق على الغير فخرج بذلك الإخبار الكاذب والإخبار الصادق فى غير مجلس الحكم، وكان المقرر فى فقه الحنفية أنه إذا أدعت الزوجة الولادة وأنكر الزوج حدوثها أو حصل خلاف بينهما على تعيين الولد بعد اتفاقهما، على نفس الولادة فإنه يكفى فى الإثبات شهادة امرأة مسلمة عدلة وذلك لأن أصل الولادة وتعين المولود من الأمور التى لا يطلع عليها إلا النساء عادة فتكفى فيها شهادتهن وحدهن إذ لو اشترط فى إثباتها نصاب الشهادة الكاملة لأدى ذلك إلى الحرج وهو مرفوع شرعاً، أما إذا ثار هذا النزاع بين الزوج ومعتدته من طلاق رجعى بائن فلا يثبت النسب عن الإمام أبى حنيفة إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عدول تبعاً لانقضاء الفراش بانقضاء العدة فوجبت الحجة الكاملة وذلك ما لم يقر الزوج بالحمل أو كان الحمل ظاهراً فإن النسب يثبت قبل الولادة بالفراش وتقوم الحاجة إلى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة وحدها، أما الصاحبان فلم يشترطاً سوى شهادة امرأة واحدة عدلة فى كل حالة وهو الرأى المفتى به فى المذهب دفعاً للحرج الناشئ عن اشتراط الشهادة الكاملة (١).

الراجع فى مذهب الحنفية - وهو قول الصاحبين - أنه يكتفى لإثبات الولادة من المعتدة من طلاق بائن إذا أنكرها الزوج بشهادة القابلة أو أية امرأة سلمه عدلة، والشهادة هنا لا تنصب على ثبوت النسب طالما أئت المعتدة بالولد فى مدة يحتمل أن يكون من مطلقها، فهى شهادة على مجرد واقعة الولادة، وثبوت النسب إنما يجىء تبعاً لا قصداً، ويكون استلزام الشهادة الكاملة فى هذه الحالة على غير أساس (٢).

(١) الطعن رقم ٥٥ أحوال شخصية لسنة ٥١ قضائية جلسة ١٣ / ١١ / ١٩٨٢

(٢) الطعن رقم ٦ سنة ٤٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ٧ / ١ / ١٩٧٦ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة

النقض خمسين عاماً ص ٦٨٤، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ١٥٧

الفرع الرابع

الشهادة على الحقوق

(المرتبة الرابعة) الشهادة على سائر الحقوق غير ما تقدم:

كالبيع، والنكاح، والوكالة، والوصية، والاجارة، والهبة، والطلاق، والقتل الذى لا قصاص فيه وهو الذى موجه المال وسائر المعاملات المالية. ونصاب الشهادة فى كل أولئك رجлан أو رجل وامرأتان^(١).

وقال الشافعى - لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا فى الأموال وتوابعها كالإعارة والكفالة، والاجل، وشرط الخيار قال لأن الأصل فى شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل، واختلال الضبط، وقصور الولاية فإنها لا تصلح للإمارة. ولهذا لا تقبل بالاتفاق فى الحدود ولا تقبل شهادة الأربع وحدهن. إلا أنها قبلت فى الأموال للضرورة أحياء لحقوق العباد، لكثرة وقوعها، وقلة خطرهما، فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا، وأقل وقوعا منها كالنكاح والطلاق والرجعة.

ورد على ذلك فى الهداية والفتح بأن الأصل فى شهادة النساء القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية قبول الشهادة، وهو المشاهدة التى يحصل بها العلم للشاهد، والضبط الذى يبقى به العلم، والأداء الذى يحصل به العلم للقاضى. والنساء فى ذلك كالرجال. ولهذا قبلت روايتهن لأحاديث الأحكام الملزمة للأمة كلها. وأما جعل الشارع الثنتين فى مقام رجل فقد قال فى الفتح أنه ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك، بل لإظهار درجتهم بالنسبة للرجل، ليس غير، ولقد نرى كثيرا من النساء يضبطن أكثر من ضبط الرجال، لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال، وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الأمرين فى جنس النساء. سلمنا أنه لنقصان الضبط وزيادة النسيان فى جنسهن - وأن كان بعض أفرادهن أضبط من بعض أفراد الرجال - لقوله تعالى: «أن تضل أحدهما فتذكر أحدهما الأخرى»، لكن هذا انجبر بضم الأخرى إليها، إذ لا يجوز التفريق بينهما عند أداء

(١) مادة ٦٣ مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية.

«نصاب الشهادة فى حقوق العباد المالية رجлан أو رجل وامرأتان».

الشهادة فلم يبق حينئذ إلا الشبهة فلم تقبل شهادتهن فيما يندرى بالشبهات، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات،

وأما عدم قبول الأربع وحدثهن فهو على خلاف القياس كأنه كى لا يكثّر خروجهن أھـ.

بل حكى ابن القيم عن شريح وزارة بن أبى أوفى من قضاة السلف العادلين أن كل واحد منهما قضى بشهادة شاهد واحد. ثم قال: إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد جاز له الحكم بشهادته وأن رأى تقويته باليمين فعل، وإلا فليس بشرط أھـ. وقال فى موضع آخر وقد صح عن معاوية أنه قضى فى داربشهادة أم سلمة أم المؤمنين ولم يشهد بذلك غيرها.

ونقل الحموى أنه تقبل شهادة النساء وحدثهن فى القتل فى حكم الدية لئلا يهدر الدم، ومثله فى خزانة الفتاوى، ولعله مقيد بما إذا كان القتل بمكان لا يكون فيه إلا النساء وحدثهن كالحمام. ومثل ذلك ما قاله ابن القيم فى قبول شهادة النساء منفردات فى الأعراس والحمامات، وسائر المواضع التى تنفرد النساء بالحضور فيها. وذلك صونا للحقوق، للضرورة، فإذا لم تقبل شهادتهن منفردات فى هذه الحالة ضاعت الحقوق وتعطلت وأهملت، مع حصول الظن الراجح، أو القطعى بصدقهن. وهاك بعض نبذ مما قاله ابن القيم فى هذا الموضوع. قال:

المقصود بالشهادة أن يعلم بها ثبوت المشهود به، وأنه حق وصدق، فإنها خبر عن المشهود به، وهذا لا يختلف بكون المشهود به مالا أو طلاقا أو عتقا أو وصية، بل من صدق فى هذا صدق فى هذا أيضا. فإذا كان الرجل مع المرأتين كالرجلين يصدقان فى الأموال، فكذلك صدقهما فى هذا. وقد ذكر الله سبحانه حكمه تعدد الاثنتين فى الشهادة، وهى أن المرأة قد تنسى الشهادة، وتضل عنها فتذكرها الأخرى، ومعلوم أن تذكيرها بالرجعة والطلاق والوصية مثل تذكيرها بالدين وقال:

المرأتان فى الشهادة على الرجعة كالرجل الواحد، بل هذا أولى فإن حضور النساء عند الرجعة أيسر من حضورهن عند كتابة الوثائق بالديون، وكذلك حضورهن عند الوصية وقت الموت، فإذا جوز الشارع استشهاد النساء فى وثائق

الديون التي يكتبها الرجال مع أنها إنما تكون غالبا في مجامع الرجال، فلأن يسوغ ذلك فيما تشهده النساء كثيرا كالوصية والرجعة، أولى. وقال:

إذا عقلت المرأة وحفظت وكانت ممن يوثق بدينها كان المقصود حاصلًا بشهادتها، كما يحصل بأخبار الديانات، ولهذا قبلت شهادتها وحدها في مواضع، ويحكم بشهادة امرأتين مع يمين الطالب، في أصح القولين، وهو قول مالك، وأحد الوجهين في مذهب أحمد. وقال نقلا عن شيخه ابن تيمية: ولو قيل بشهادة المرأة ويمين الطالب لكان متوجها، لأن المرأتين إنما أقيمتا مقام الرجل في تحمل الشهادة لثلاث تنسى أحدهما، وهذا بخلاف الأداء، فإنه ليس في الكتاب ولا في السنة أنه لا يحكم إلا بشهادة امرأتين ولا يلزم من الأمر باستشهاد المرأتين وقت التحمل ألا يحكم بأقل منهما. فإنه سبحانه أمر باستشهاد رجلين في الديون، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، ومع هذا فيحكم بشهادة واحد ويمين الطالب، ويحكم بالنكول، وباليمين المردودة، وغير ذلك، فالطرق التي يحكم بها الحاكم أوسع من الطرق التي أرشد إليها صاحب الحق ليحفظ بها حقه.

وقد ثبت في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سأل عتبة بن الحارث فقال - أنى تزوجت امرأة فجاءت أمة سوداء فقالت أنها أرضعتنا. فأمره بفراق امرأته. فقال: إنها كاذبة. فقال دعها عنك. ففي هذا قبول شهادة المرأة الواحدة، وأن كانت أمة، وبشهادتها على فعل نفسها قال ابن القيم:

وهذا أصل عظيم، فيجب أن يعرف - غلط فيه كثير من الناس. فإن الله سبحانه أمر بما يحفظ به الحق فلا يحتاج معه إلى يمين صاحبه، وهو الكتاب والشهود، لثلاث يجحد الحق أو ينسى، ويحتاج صاحبه إلى تذكير من لم يذكره، أما جحودا، وأما نسيانا. ولا يلزم من ذلك أنه إذا كان هناك ما يدل على الحق لم يقبل إلا هذه الطريق التي أمره الله أن يحفظ حقه بها. وقال عند كلامه في البيعة - وما أحسن ما قال - إذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق فثم شرع الله ودينه. والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخصص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو

أظهر منه وأقوى دلالة، وأبين إشارة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجوده بموجبه بل بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط. فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهى من الدين، ليست بمخالفة له. أ.هـ. (٢).

وقال فى فى التبصرة ما خلاصته، يجب الحد على من وجدت منه رائحة الخمر أو قاءها، وحكم به عمر. وقال فى موضع آخر: وإذا ظهر الحمل بحرة بلدية «أى من أهل البلد» ليست بغريبة ولا يعرف لها زوج فإنها تحدد. ولا يقبل قول المرأة أنى

(٢) هذا هو ما قاله علماء الشريعة الإسلامية وأئمتها فى الشهادة على العموم، وشهادة المرأة على الخصوص. وأنى أرى من باب العلم بالشىء فقط أن أذكر هنا بعض ما يقول رجال القانون فى أوروبا فى شهادة المرأة قال صاحب كتاب السر فى خطأ القضاء الاستاذ ج. جيلرمه المحامى أمام محكمة استئناف باريس وقد ترجم كتابه هذا إلى اللغة العربية وطبع فى مصر سنة ١٩١٤ - ليس بغريب أن تلجأ المرأة إلى الكذب لأنها تتلقاه مع ما خلص لها من تراث العصور السالفة التى كانت فيها أقرب إلي الرق منها إلى الحرية، وأطوع للرجل الذى كان يعاملها معاملة الهمج والتوحش من بنانه. ولا شك فى أن هذه السلطة الاستبدادية موجودة حتى الآن وأن تكن قد تغيرت فى الشكل فقط. وما سلاح المرأة الذى تدع به همجية الرجل واستبداده إلا الظهور فى مظهر الضعف المؤثر فى النفس والابتسام الذى يسرى فعله إلى القلب سريان الكهرباء والتعويل على المكر فى أغلب تصرفاتها أ.هـ بحروفه. وقال بعد ذلك: وفى سجلات القضاء أمثلة كثيرة على الغلطات القضائية التى سببتها شهادات الزور ونقل قضيتين من القضايا المهمة - للدلالة على ما قاله ثم قال ما نصه: هاتان القضيتان من القضايا المهمة، وهناك قضايا غيرها لا حصر لعددها تدل على أن كذب المرأة كثيرا ما يسوق الأبرياء إلى مواقف المتهمين، وسبب ذلك راجع إلى ما خصت المرأة به من سرعة التأثر والانفعال بما يلقى فى روعها، حتى أنها إذا وقفت كشاهد بين يدي قاض حاذق استطاعت بشهادتها أن تفضى بالتحقيق إلى نتائج مدهشة. ثم قال: - إننا لم نتكلم حتى الآن إلا على المرأة التى ترتكب الجريمة بقصد ارتكابها، ولا تحاسب ضميرها قبل اقترافها إياها، فإذا تكلمنا الآن على المرأة الهستيرية فلا بد من الإحاطة بعنصر من العناصر الفعالة فى الغلطات القضائية. وبعد أن أفاض القول فى ذلك قال إن المرأة الهستيرية لا تخشى شهادة الزور، ولا اليمين الكاذبة، ثم ساق بعض حوادث قضائية استشهد بها على ما قاله. وقد استغرق كلامه فى شهادة النساء من صفحة ١٤٧ إلى صفحة ٢٠٧ فراجعه أن شئت.

غصبت أو كنت مكرهة إلا أن تظهر أمانة صدقها، وكذا لا يقبل قولها أن الحمل من زوج طلقني أو غاب عني. وأما الطارئة فإنه يقبل منها ذلك لكونها غريبة وصدقها محتمل. لكنه نقل عن الباجي «وهو من كبار فقهاء المذهب المالكي». أنه اختار سقوط الحد عن البلدية أيضا وأن لم يكن ثم أمانة ولعل الباجي لم ير إقامة الحد مع قيام الاحتمال عملا بحديث أدركوا الحدود بالشبهات. وقال في موضع ثالث نقلا عن الإمام مالك أنه سئل فيمن دخل عليه السراق فسرقتوا متاعه وانتهبوا ماله، وأرادوا قتله فنازعهم وحاربهم ثم ادعى أنه عرفهم، أو لم يعرفهم، أهو مصدق عليهم إذا كانوا معروفين بالسرقه مستحلين لها، أو ترى أنه يكلف البينة أهـ. قال هو مصدق وقد نزلت هذه الحادثة بالمدينة في زمان عمر رضى الله عنه فغرم عمر السراق بناء على قول المسروق منه، ونكلهم عقوبة موجعة، ولم يكلفه البينة أهـ.

فأنت ترى مما قاله في التبصرة جواز الحكم بناء على القرينة وهو قول فريق من الفقهاء وسيأتى فى باب الاستدلال بالقرائن تمام هذا الموضوع.

والحاصل أن فقهاء الشريعة قد انقسموا فى موضوع الأدلة إلى قسمين فمنهم من حدد وقيم وجعل للشهادة نصابا فى كل شىء فاحتاطوا أقصى ما يمكن من الاحتياط حتى توجد طمأنينة نفس القاضى يرجحان صدق المدعى إلى أبعد ما فى الأمكان، وهؤلاء جمهور الفقهاء لكنهم رخصوا حيث تقضى الضرورات بالترخيص فى ذلك ترجيحات لأخف الضررين وحفظا للحقوق بالقدر المستطاع ومنهم وهم من عدا الجمهور - من تحلل من قيود النصاب، حاشا الزنا إذا كان دليله شهادة الشهود فرأوا قبول أى دليل تثبت به دعوى المدعى، ولو كان الدليل شهادة رجل واحد، أو شهادة امرأة واحدة، أو قرينة أو يد ظاهرة، أو أى دليل كان. وقد صور مذهب هذا الفريق شيخ الإسلام ابن تيمية رضى الله عنه بقوله «إذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق فثم شرع الله».

هذه هى جملة القول فيما رآه فقهاء الشرع الإسلامى.

وأما فقهاء القوانين الوضعية فقد وافقوا الجمهور من فقهاء الشريعة فى تقييد الإثبات من حيث هو بالقواعد المرسومة فى باب الإثبات من القانون والمتفرقة فى

أبوابه. ثم توسعوا فيما وراء ذلك بالنسبة للشهادة وبالنسبة للقرائن حيث تقضى المصلحة وترجح كفتها، وقد وكلوا الأمر إلى طمأنينة نفس القاضى وارتياح ضميره فى تقدير الأدلة (٣).

وأنت إذا قارنت بين جملة ما قاله علماء الشريعة وما قاله علماء القانون وجدت الأمر قد هان. وكاد يتفق الرأيان (٤).

(٨٢) قال الأستاذ أبوهيف بك رحمه الله. للمحكمة الحرية المطلقة فى الأخذ بشهادة الشهود أو اهمالها بحسب ما يترأى لها فهي تقدرها وترزنها غير مقيدة بعدد الشهود ولا بأى اعتبارات أخرى فإن شاءت حكمت بمقتضاها، وإن شاءت عدلت عنها وقضت بقرائن الأحوال.

(٨٣) وقال الأستاذ العشماوى بك فى فحص المحكمة لشهادة الشهود لتكون اعتقادها فى قيمة الشهادة: أن المحكمة فى تكوين اعتقادها هذا ليست ملزمة باحترام شهادة معينة أو استبعاد بعض الشهادات والأخذ ببعضها فلها أن تبنى اعتقادها على ما تستخلصه من شهادة فرد واحد، وترد شهادة كثيرين من الشهود لعدم الثقة بها، ولو اتفقت أقوالهم، وإذا تعارضت أقوال شهود الخصمين فى الواقعة الواحدة فهي ترجح بعض الأقوال على بعضهما الآخر مسترشدة بما يساعدها على هذا الترجيح.

وأقول أنظر تعارض البيئات ودعوى الرجلين فى المذهب الحنفى وغيره من كتب جماهير فقهاء الشريعة، وقارنه بما هنا) ولما كان الإثبات بالقرائن جائزا فى الحالات التى يصح فيها الإثبات بالبينة فللمحكمة أن تستعين بالقرائن على هذا الترجيح وعلى استكمال ما فى شهادة الشهود من نقص أو إصلاح ما فيها من خطأ أهـ.

وقال الأستاذ القللى الشهادة كباقي الأدلة خاضعة لتقدير القاضى واقتناعه فلقاضى الموضوع القول الفصل فى تقدير قيمة شهادة الشهود واستخلاص الدليل منها سواء لصالح المتهم أو ضده وله ان يكون اعتقاده بما يسمعه من أقوال الشهود ولو كانت متناقضة وله ترجيح أقوال بعض الشهود على البعض الآخر سواء كانوا شهود إثبات أو شهود نفى وسواء سمعت بعد حلف اليمين أو على سبيل الاستدلال، أو كانت سماعية، وسواء كانت الأقوال صادرة فى التحقيق الابتدائى أو فى الجلسة.

وسواء كان بين الشاهد ومن شهد لصالحه صلة قرابة أو مصاهرة أو علاقة أخرى. وله تجزئة أقوال الشاهد كما يترأى له. وليس عليه أى قيد فيما يتعلق بعدد الشهود الذين يبنى اقتناعه على أقوالهم. فله أن يبنى حكمه ولو على شهادة المدعى بالحق المدنى وحده. ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى كل تقديره هذا أهـ.

وقارن هذا بما نقلناه آنفا من التبصرة عن الإمام مالك وما نقلناه عن الشفشاونى.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- نصاب الشهادة الشرعية رجلان أو رجل وامرأتان(١)
- الشهادات فيما يشترط فيه العدد. شرط صحتها. اتفاقها مع بعضها. نصاب الشهادة على شرعية المسكن وفقاً للرأى الراجح فى فقه الأحناف، رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول(٢).
- الشهادة على الضرر الموجب للتطليق - وفقاً للراجح فى فقه الأحناف - نصابها. رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول. م ٢٨٠ لائحة شرعية(٣).
- البينة فى دعوى إثبات الطلاق وفقاً للراجح فى مذهب أبى حنيفة. شرطها أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين(٤).
- اتفاق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه معين تتضرر منه كاف لاكتمال نصاب الشهادة فى دعوى التطليق للضرر. عدم اشتراط أن تنصب الشهادة على كل واقعة من الوقائع التى تشكل هذا الإيذاء(٥).

(١) طعن ١ لسنة ٦٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٦ / ١٠ / ٧٧

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٦٩ - ٦٧٠ قاعدة ١٨٧٢ - ١٨٧٥ .

(٢) الطعن رقم ٢٩٢ لسنة ٦٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ١ / ٧ / ١٩٩٨ .

(٣) الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٩٩ .

(٤) الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٦ / ٥ / ٢٠٠١ ، الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٦٦

ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٠ / ٣ / ٢٠٠١ ، الطعن رقم ٢٢٨ سنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة

٢٤ / ١١ / ١٩٩٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٣ ص ١٢٠٧ .

(٥) الطعن رقم ٥٤٧ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢١ / ٥ / ٢٠٠١ .

، (الطعن رقم ٣٣٥ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٤ / ٤ / ٢٠٠١ .

، (الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٤ / ٤ / ٢٠٠١ .

، (الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢١ / ٤ / ٢٠٠١ .

، (الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٠ / ١ / ٢٠٠١ .

- إذا ادعت امرأة على رجل أنها ولدت منه ولم تكن فراشا له فلها إثبات مدعاها بالبينة الكاملة أى بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول والبينة فى هذا المجال أقوى من مجرد الدعوى أو الإقرار، والشهادة المنصبة على النسب لا يشترط فيها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد إن كان (٦).

- إذ كان اشتراط بعض فقهاء الحنفية عدم التفريق بين المرأتين لدى ادلائهما بالشهادة سنده قول الله تعالى فى سورة البقرة «واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل أحداهما فتذكر إحداهما الأخرى»، وكانت الآية الكريمة لم تشترط اجتماع المرأتين عند الأدلاء بالشهادة إنما أوردت العلة فى جعل شهادة المرأتين مساوية لشهادة رجل واحد، وهى أن المرأة معرضة للنسيان وأن وجود أخرى معها يعينها على التذكر، وكان مقتضى هذه العلة أن اشتراط سماع المرأتين مجتمعتين لا يكون إلا إذا جاءت أقوالهما غير متطابقة فإن موجب عدم التفريق بينهما عند الشهادة يكون متنفيا (٧).

(الطبعة الرابعة) يلاحظ أنه لا يجوز التفريق بين المرأتين عند أداء الشهادة ، ولكن إذا سمعتا منفردتين وجاءت أقوالهما غير متطابقة فيجب مواجهتهما لتذكر إحداهما الأخرى ، ولا يؤخذ إلا بما تتفقان عليه .

(٦) الطعن رقم ٣ سنة ٤٥ ق أحوال شخصية جلسة ٢٩ / ١٢ / ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ١٨٣٤ .

(٧) طعن رقم ٤٣ سنة ٤٨ ق أحوال شخصية ٢٠ / ١ / ١٩٨١ غير منشور

، الطعن رقم ٥ لسنة ٥٥ ق أحوال شخصية جلسة ١١ / ٢ / ١٩٨٦ ، مجموعة المكتب الفنى لسنة ٣٧ ص ٢٠٠

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثامن

موافقة الشهادة للدعوى

وموافقة الشهادة للشهادة

مقدمة وتمهيد

جاء في المادة (١٧٢) من لائحة سنة ١٩١٠ للمحاكم الشرعية مانصه «يكفى في قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر في المعنى وأن اختلفت الألفاظ. وكذا في مطابقة الشهادة للدعوى، وجاء في مذكرتها الإيضاحية مانصه: الفقرة الثانية منها هي المادة (٣٤) من لائحة سنة ٩٧ وأما الفقرة الأولى فقد زيدت على أصل المادة لتنبيه القضاة إلى حكم شرعى للعمل به، وقد كانوا على خلافة فلا يعتبرون الشهادة إلا إذا اتفق الشاهدان لفظا ومعنى بناء على حكم شرعى آخر فى هذا الموضوع.

وقد لوحظ فى التعديل أن فى العمل بهذا الحكم صعوبة على الناس، وقد يؤدى العمل به إلى ضياع حقوق كثيرة، فإنه قل أن يتفق شاهدان على ما شهدا به لفظا ومعنى. فقصد بذكر هذا الحكم الزام القضاة بالعمل به تسهيلا على المتقاضين. أما الحكم الذى جاء بأصل المادة من لائحة سنة ٩٧ وبالفقرة الثانية من مادة التعديل فهو حكم متفق عليه، ولذلك جرى عليه العمل من قبل أهـ.

أقول: لقد ظلمت المذكرة الإيضاحية الشرع ظلما مبينا فى قولها إن اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى (على ما فهمه كاتب تلك المذكرة وفهمه من شاركوه فى وضع اللائحة) حكم شرعى. إذ الغرض من توافق الشاهدين لفظا ومعنى هو الموافقة المطابقة أى أن ما يؤديه أحد الشاهدين من معنى الشهادة بألفاظه يساوى ما يؤديه الشاهد الآخر بألفاظه، وأن اختلفت نفس الألفاظ فى كل من الشهادتين فالمدار على تساوى الشهادتين فى ذلك فلو قال أحد الشاهدين أن فلانة فى ذمة زوجها فلان مبلغ كذا مؤخر صداقها وقال الآخر أشهد أن فلانا مدين لزوجته فلانة بالمؤخر من

مهرها وهو مبلغ كذا قبلت الشهادة بالاجماع من أبى حنيفة وصاحبيه.

ومراد الفقهاء بالموافقة فى المعنى الموافقة التضمنية كأن يدعى زيد على بكر بمبلغ ألف وخمسمائة قرش وشهد الشاهدان بألف أو يشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة. وسيأتى ما يوضح هذا فى البيان التفصيلى لهذا المسألة التى ضلت فيها الأفهام مع وضوح الأمر فيها بالرجوع إلى الكتب الفقهية فى مذهب أبى حنيفة والله الموفق.

ثم عدلت هذه المادة بالمادة السابعة من المرسوم بقانون الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ وهاك نصها:

«يكفى فى قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر فى المعنى وأن اختلفت الألفاظ. وكذا فى مطابقة الشهادة للدعوى ولا يشترط فى قبولها لفظ أشهد». فزيد فى التعديل الفقرة الأخيرة، ولا علاقة لهذه الزيادة بأصل الموضوع ولكن سببها استبدال اليمين بالشهادة على ما أسلفنا.

ثم نقل هذا النص المعدل إلى اللائحة الشرعية فى المادة (١٧٥) (١). ولاذكر هنا مجملا لما جاء فى الكتب الفقهية على المذهب الحنفى ثم أتبعه بالبيان التفصيلى.

موافقة الشهادة للدعوى:

إن كان الدعوى فى حقوق الله تعالى. فلا يشترط موافقة الشهادة لها - قولا واحدا - وذلك لأن حقوق الله تعالى تجوز فيها الشهادة حسبة ويكون الشاهد مدعيا بما يشهد به ولذا يستغنى عن دعوى صاحب الحق الأصلى فى المسألة، فإذا ادعى وخالفت الشهادة دعواه وجب الاعتماد على ما تشبهته الشهادة وبصرف النظر عن دعوى صاحب الحق الأصلى لأنها دعوى لم تؤيدها شهادة.

(١) الغيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والغى هذا القانون بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

مثال ذلك أن تدعى امرأة على زوجها أنه قال لها يوم كذا فى مكان كذا أنت طالق ثلاثا، ويقول الشهود إننا سمعناه فى يوم كذا ومكان كذا (يوم ومكان آخران) زوجتى فلانة محرمة على .

وإن كانت الدعوى فى حقوق العباد

كأن يدعى بكر على زيد أن زيدا مدين له بمبلغ مائة وعشرين جنيها فإن وافقت الشهادة الدعوى موافقة مطابقة بأن شهد الشهود بالمبلغ المدعى قبلت الشهادة لموافقتها الدعوى بالمطابقة وكذا لو شهد الشهود بمائة فقط فإن الشهادة تقبل أيضا باتفاق من الإمام وصاحبيه لوجود الموافقة التضمنية بين الشهادة والدعوى، وهذا هو المعنى بقول الفقهاء (الموافقة فى المعنى) فليكن هذا على ذكر منك ولاتسه عنه وحيثئذ يقضى للمدعى بمائة وهو القدر الذى ثبت بشهادة الشهود، وأما الباقي فلا يقضى له به إلا ببينة أخرى وله أن يحلف المدعى عليه بواسطة القاضى على ذلك المقدار.

وإن شهد الشهود بأكثر مما أدعاه المدعى فلا تقبل الشهادة إلا إذا وفق المدعى بأن قال أن ما كان لى فى ذمة المدعى عليه هو ما شهد به الشهود الآن ولكنى أخذت منه كذا وبقي لى فى ذمته كذا وهو ما إدعيته الآن والشهود لم يعلموا بذلك فإذا قال هذا قضى له بما ادعى .

أما إذا خالفت الشهادة الدعوى من كل وجه فإنها لا تقبل ولا يقضى للمدعى بما ادعى لأنه صار أمامنا فى هذه الحالة دعوى بلا شهادة، وشهادة بلا دعوى . مثال ذلك أن يدعى زيد على بكر أن بكر اغتصب منه ساعته الذهبية ويشهد الشهود بأن بكرا ارتهن من زيد ساعته الفضية .

موافقة الشهادة للشهادة:

ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا بد من الموافقة المطابقة بين شهادتى الشاهدى بأن يكون ما تفيده شهادة أحد الشاهدين من المعنى عين ما تفيده شهادة الآخر، ولو اختلفت

الألفاظ فلو قال أحد الشاهدين إن زيدا وهب لبكر كذ وقال الآخر أن زيدا أعطى بكرة كذا على سبيل التبرع وجدت الموافقة بين الشهادتين، ولو اختلفت الألفاظ. وأما إذا وجد بين الشهادتين موافقة تضمنية فلا تقبل الشهادة على قول أبى حنيفة مثال ذلك أن يدعى زيد على بكر أن الدار الفلانية التى تحت يد بكر ملك لزيد وقد وضع بكر يده عليه بدون حق فشهد أحد الشاهدين بمثل ما قاله المدعى وشهد الآخر بأن لزيد نصف تلك الدار فلا تقبل الشهادة على قول الأمام لعدم الموافقة المطابقة بين الشاهدين.

وأما على قول الصاحبين أبى يوسف ومحمد فإن الشهادة تقبل ويقضى لزيد بنصف الدار لتوافق الشاهدين على ذلك فى المعنى، وأما النصف الآخر فلا بد له من بينة أخرى أو يحلف المدعى عليه وبهذا ظهر معنى قولهم الموافقة فى المعنى والموافقة فى اللفظ والمعنى.

الفرع الأول

موافقة الشهادة للدعوى

المشهد به إما حق الله وإما حق العبد:

فالأول تقبل فيه الشهادة حسبة وتصح بدون الدعوى من المشهد له كما تقدم فى دعوى الحسبة فإن وجد مع تلك الشهادة دعوى فلا تضر مخالفة الشهادة لها كما لو ادعت الطلاق فشهدوا بالخلع فالشهادة مقبولة.

والحاصل أن حقوق الله تعالى لا تشترط فيها الدعوى من المشهد له وذلك لأن إقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل إنسان، وكل واحد خصم فى إثباتها فصار كأن الدعوى موجودة ضمن الشهادة فاستغنى عن دعوى المشهد له .

وأما حق العبد فلا تقبل فيه الشهادة بلا دعوى من صاحب الحق أو نائبه. لأن ثبوت حقوق العباد يتوقف على مطالبتهم بأنفسهم أو بمن ينوب عنهم من وكيل ونحوه (أنظر تكملة رد المحتار فى باب الاختلاف فى الشهادة).

وعلى هذا فلا بد من موافقة الشهادة للدعوى فى تلك الحقوق على البيان الآتى: والكلام فى هذا ينحصر فى أربع مسائل:

المسألة الأولى: موافقة الشهادة للدعوى موافقة تامة بأن يكون ما شهد به الشهود عين ما ادعاه المدعى. ولا شك فى قبول الشهادة فى هذه الحالة لقيام الحجة المؤيدة للدعوى.

المسألة الثانية: موافقة الشهادة لبعض الدعوى، وتسمى موافقة تضمينية، وذلك بأن يكون ما شهد به الشهود بعض ما ادعاه المدعى، وفى هذه الحالة تقبل الشهادة اتفاقاً، ويقضى القاضى بما شهد به الشهود وهو القدر الثابت من المدعى بالبينة، وأما الزائد فالدعوى فيه بلا بينة فلا بد للحكم به من بينة تثبته أو يحلف المدعى عليه، ويكون المدعى فى هذه الحالة كأنه ادعى أمرين قامت على أحدهما البينة دون الآخر.

وهذه المسألة تحتها صورتان (الأولى) أن يكون مقدار ما شهد به الشهود أقل من مقدار ما ادعاه المدعى مع اتحاد الجنس، كأن يدعى ألفاً وخمسمائة درهم فيشهد الشهود بألف درهم. أما لو شهدوا بمائة دينار فلا يقضى بشيء لأن الموجود حينئذ شهادة بلا دعوى، ودعوى بلا شهادة^(١) (الثانية) أن يكون ما ادعاه المدعى متضمناً معنى أكثر من المعنى الذى تضمنته شهادة الشهود مع دخول ما شهد الشهود فيه ضمناً. أو يقال: ما شهد به الشهود يصلح بياناً لما ادعاه المدعى. مثال ذلك أن يدعى الكفيل أنه أدى الدين المكفول إلى الدائن فيشهد الشهود بأن الدائن قد أبرأه منه، فإن القاضى يقبل الشهادة ويقضى ببراءة الكفيل وحده ويكون للدائن الحق بعد ذلك فى الرجوع على الأصل فقط ولا يكون للكفيل الحق فى الرجوع على الأصل ولو كانت الكفالة بأمره وأمره معتبر شرعاً، وكان الكفيل قد أدى الدين فى الواقع ولبيان ذلك أقول ان اسقاط الدين عن المدين يسمى براءة اسقاط، واستيفاء الدين منه يسمى براءة استيفاء، فاسم البراءة مشترك بينهما، وتزيد براءة الاستيفاء بشغل ذمة الدائن بدين مماثل للمدين المشغولة به ذمة المدين فيلتقى الدينان قصاصاً — هكذا فهم علماؤنا مسألة قضاء الدين — فكأن الكفيل بدعواه الأداء قد ادعى دعويين: الأولى براءة ذمته من دين الكفالة، والثانية شغل

(١) أقول: الدينار يساوى عشرة دراهم لكن جنس الدينار غير جنس الدرهم: فالأول من الذهب والثانى من الفضة. فهل إذا ادعى زيد فى وقتنا هذا ان له فى ذمة بكر عشرة جنيهاً مصرية وشهد شهوده بأن له فى ذمة المدعى عليه ألف قرش مصرى صاغاً — تقبل الشهادة لاتفاق المدعى وشهوده على قيمة المشهود به واتحادهما فى المعنى مع الاستعانة بالعرف على أنه لا فرق بين قولنا مائة قرش (مثلاً) وقولنا جنيه مصرى — أو ترد الشهادة لاختلاف الجنس؟ والظاهر هو القبول نظراً إلى المعنى.

ويلاحظ أن أنواع الدينار كانت متعددة ومختلفة فى القيمة وأن النسبة بين الدينار والدرهم لم تكن ثابتة. وقد كان الحال عندنا كذلك فى النسبة بين الجنيه وما يقدر به من الفضة وبين قطع الفضة الكبيرة كالريال والقرش ولم يستقر الحال إلا بعد ظهور النقود الجديدة الحالية فاستقرت النسبة بين قطع النقود المصرية من الذهب والفضة استقراراً نهائياً.

ذمة الدائن بدين له كالدين الذى كان عليه، فيلزم على هذا سقوط الدين الذى كان للدائن المكفول له لشغل ذمته بمثله، فليس له إذا أن يطالب به أحدا بعد ذلك: لا الكفيل، ولا الأصيل. وكذلك يدعى الكفيل بأن ذمة الأصيل قد أصبحت مشغولة بدين له مثل الذى أداه إلى الدائن — على فرض أن الكفالة كانت بأمره المعتبر — وقد قام الكفيل بما التزم به. هذا هو ما تقتضيه دعوى البراءة بسبب الاستيفاء. وأما براءة الاسقاط فلا تستلزم شغل ذمة الدائن بمثل ما كان له على المدين وإنما معناها فراغ الذمة من الدين لا غير. وعلى ذلك يكون خلو الذمة من الدين هو القدر المشترك بين البراءتين، وهو أيضا القدر المشترك بين الدعوى والشهادة فيقضى به. وبهذا يظهر أن ما شهد به الشهود داخل ضمنا فيما ادعاه المدعى ويصلح بيانا له بأن يقال أبرأه لأنه أداه إليه. هذا شرح ما قالوه فى هذه المسألة.

المسألة الثالثة: موافقة الدعوى لبعض الشهادة بأن يكون ما يشهد به الشهود أكثر مما ادعاه المدعى كما إذا ادعى ألفا وشهدا بألف وخمسمائة. وفى هذه الحالة لا تقبل الشهادة إلا إذا وفق المدعى بأن قال ان الدين كان فى الأصل ألفا وخمسمائة كما قال الشهود، فأبرأته من خمسمائة، أو أوفانيها، والشهود لا يعلمون بذلك، فإن الشهادة حينئذ تقبل ويقضى بألف. وإنما لم تقبل الشهادة بدون التوفيق لأن المدعى قد أكذب شهوده «بحسب الظاهر من دعواه» فى القدر الزائد، والتكذيب تفسيق، ولا شهادة لفاسق، فإذا وفق فقد بين للقاضى أنه لم يكذب الشهود فارتفع المانع من قبول الشهادة.

كتب فى ظفر اللاضى أن شهادة الشهود بأكثر مما ادعاه المدعى لا توجب اهمال ما شهدوا به من الزيادة، بل يقضى بتلك الزيادة لثبوتها بالمستند الشرعى، وعلى المشهود عليه أن يبرهن على أنه أدى بعض المشهود عليه أو كله إلى آخر ما قال مما هو مخالف للمذهب ولما هو متفق عليه من أن القاضى لا يقضى للمدعى بأكثر مما

ادعاه، إذ لا يجوز التبرع بالقضاء وليس للشهود أن يثبتوا حقا لإنسان لم يطلبه.

وهاك بعض أمثلة للمسألتين الثانية والثالثة:

(١) ادعى دارا فشهدا له بنصفها، قبلت الشهادة. وإذا ادعى النصف فشهدا له بالكل لا تقبل إلا إذا وفق.

(٢) ادعى ملكا مطلقا فشهدا به بسبب كالشراء قبلت لكونها بأقل مما ادعى. أما إذا ادعاه بسبب وشهدا بمطلق فلا تقبل لكونها بالأكثر إلا إذا وفق «أنظر الفرق بين الصورتين في كتاب الدعوى». وانظر معين الأحكام ففيه تفصيل وخلاف.

(٣) ادعى الملك المطلق فشهدا بالتناج لا تقبل إلا إذا وفق، وبالعكس تقبل. ويرجع في معرفة الفرق إلى ما تقدم.

(٤) ادعى التناج فشهدا بالشراء من معين لا تقبل لأن ما شهدا به وإن كان أقل من الدعوى لا يصلح بيانا لها لأنه لا يقال نتج عندي لأنى اشتريته.

(٥) ادعى الشراء منذ شهرين وشهدا به منذ شهر تقبل وبالعكس لا تقبل.

(٦) ادعى أن هذه الدار له إلا هذا البيت فشهدا بالدار كلها لا تقبل، إلا إذا وفق.

(٧) ادعى المدين الإبراء وشهدا أن المدعى صالح المدعى عليه بمال معلوم تقبل شهادتهم له إن كان الصلح بجنس الحق لحصول الإبراء من البعض بالاستيفاء ومن البعض بالاسقاط.

(٨) ادعى الدفع إلى الدائن فشهدا بإقرار الدائن وبالقبض قبلت الشهادة، وكذا

لو ادعى الإيداع أو الغصب وشهدا بإقرار المدعى عليه به: أما لو كان الاختلاف بين الشهادة والشهادة بأن ادعى الدفع فشهدا أحدهما بالدفع وشهد الآخر بالإقرار به فلا تقبل الشهادة لعدم تكامل النصاب على ما سيأتى.

والحاصل أن الشهود إذا شهدوا بأقل مما ادعاه المدعى بأن وجدت الموافقة ضمنا

على ما تقدم قضى بما شهد به الشهود وكذا إذا شهدوا بأكثر مما ادعاه ووفق المدعى.

المسألة الرابعة: أن يكون ما شهد به الشهود شيئاً آخر غير ما ادعاه المدعى، كأن يدعى أنه زوجه ابنته فاطمة، ويشهد الشهود أنه زوجه أخته عائشة، وكما إذا ادعى ألفاً ثمن مبيع فشهدا بألف قرضاً وكما إذا ادعى أن هذه الدار ميراث له عن أبيه فشهدا أنها ميراث له عن أمه فالشهادة في كل هذا وأشباهه لا يعمل بها لعدم تقدم الدعوى، والدعوى لا يقضى بها لعدم البينة. ولا تنس أن هذا مقيد بما إذا كانت الدعوى من حقوق العباد. ولتنظر رسالة التناقض للسيد محمود حمزة مفتي الشام فيما يتعلق بهذا المقام.

(تتمة) قال في فتح القدير. لو ادعى في الماضي أن هذه الجارية كانت ملكي فشهدا أنها له، اختلف في قبولها، والأصح أنها لا تقبل وكذا لو ادعى أنه كان له وشهدا أنه كان له لا تقبل وإنما لم تقبل إذا شهدوا على طبق دعواه هذه أنها كانت له لأن إسناد المدعى إلى الماضي دليل ظاهر على نفى ملكه في الحال إذ لا فائدة له في الاقتصار على الماضي إلا ذلك، فلم يكن ما شهدوا به مدعى به. «أى فى الصورة الأولى أما فى الصورة الثانية فهو لم يدع الملك فى الحال وهما أيضا لم يشهدوا به فى الحال. فلا معنى إذا للقضاء له بالملك فى الحال إذ هو لم يدعه ولم يبرهن عليه» بخلاف الشاهدين إذا أسندا ذلك، أى وقد ادعاه هو للحال فإنه لا يدل على نفيهما إياه فى الحال لجواز قصدهما إلى الاحتراز عن الأخبار بما لا علم لهما به إذ لم يعلموا سوى ثبوته فى الماضي. وقد يكون الملك قد انتقل عنه إلى غيره فيحترزان عنه، وإن كان يثبت للحال بالاستصحاب أه. بشىء من الإيضاح.

وأقول يتلخص مما قاله فى الفتح قاعدة مهمة تنحصر فى أربع صور:-

الأولى: ادعى أنه كان ملكه فى الماضي وشهدا كما ادعى. لا يقضى له بالملك، وقد تقدم السبب.

الثانية: ادعى أنه ملكه فى الحال وشهدا كما ادعى، تقبل الشهادة ويقضى له

بالإجماع. وهو ظاهر.

الثالثة: ادعى أنه ملكه في الحال وشهدا بأنه كان له في الماضي تقبل أيضا بالنسبة للسبب ويعتبر الملك باقيا له إلى الآن بحكم الاستصحاب.

الرابعة: عكس الثالثة أى ادعى أنه كان ملكه في الماضي وشهدا بأنه ملكه في الحال. لا تقبل على الأصح للعلة المذكورة آنفا ولأنهما شهدا بأكثر مما ادعى كما يفهم من ذلك التعليل.

قال في العناية: الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وإن خالفها لم تقبل وموافقتها للشهادة هي أن تتحدا نوعا وكما وكيف وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعاً وملكاً ونسبة. فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم أو ادعى عشرة دراهم وشهد الشاهد بثلاثين، أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد بأبيض، أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة. أو ادعى شق زق واتلاف ما فيه وشهد بانشقاق الزق عنده، أو ادعى عقارا بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك والده أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها — لم تكن الشهادة موافقة للدعوى. وأما الموافقة بين لفظهما فليست بشرط، ألا ترى أن المدعى يقول ادعى على غريمي هذا والشاهد يقول أشهد بذلك أ هـ. وهذا إنما يكون في الشهادة على حقوق العباد كما لا يخفى.

قال في التنوير والدر ورد المختار ما ملخصه: باع داراً ثم باعها المشتري لآخر ثم ادعى البائع الأول أنى كنت وقفها، أو قال: وقف على، لم تصح الدعوى للتناقض، فلا يحلف المشتري لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة. لكنه لو أقام البينة أو أبرز كتاب وقف له أصل في ديوان القضاة الماضين قبلت بينته واعتبرت حجته التي أبرزها، لأن الدعوى وإن بطلت للتناقض بقيت الشهادة وهي مقبولة في الوقف من

غير دعوى ويلزم المشتري أجر المثل. لأن منافع الوقف مضمونة وإن كانت بشبهة ملك. ومثل الوقف في ذلك مال اليتيم. قال: وهذه المسألة من المسائل التسع المستثناة من قاعدة — من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه أهـ.

أقول: لا استثناء في الحقيقة فإن سعى المدعى مردود عليه من حيث دعواه لكن الشهادة قبلت حسبة لأجل حق الله. وليقس على هذا أمثاله. وقوله في أول المسألة ثم باعها المشتري ليس قيذا بل ذكره ليفيد أنه لا فرق في قبول البينة بين بقائه في يد المشتري أو خروجه عنه إلى يد آخر. وقوله أو قال وقف على يشير إلى أنه لا فرق بين أن يكون هو الواقف أو غيره أهـ.

ونقل في واقعات المفتين عن البزازية أن الأب إذا زوج ابنته البالغة وسلمها إلى الزوج ودخل بها الزوج ثم أقامت البينة على أنها كانت ردت النكاح قبل اجازتها، فالمذكور في الكتب أن البينة تقبل، وقيل لا تقبل للتناقض، والصحيح هو القبول لأن الدعوى وإن بطلت للتناقض — لا تبطل البينة لأنها قامت على تحريم بضع المرأة، وفي مثل ذلك تقبل الشهادة حسبة. أهـ. ملخصاً.

ومما يناسب ذكره هنا ما نقله في معين الحكام عن القرافي قال: أعلم أن قول العلماء أن الشهادة لا تجوز إلا بالعلم ليس على ظاهره فإن ظاهره يقتضي أنه لا يجوز أن يؤدي الشاهد إلا ما هو قاطع به، وليس كذلك، بل حالة الأداء دائماً عند الشاهد الظن الضعيف في كثير من الصور. بل المراد بذلك أن يكون أصل المدرك علماً فقط، فلو شهد بقبض الدين جاز أن يكون الذي عليه الدين قد دفعه فتجوز الشهادة عليه بالاستصحاب الذي لا يفيد إلا الظن الضعيف. وكذلك الثمن في المبيع مع احتمال دفعه. قال: ويشهد في الملك الموروث لو ارثه مع جواز بيعه بعد أن ورثه، ويشهد بالإجارة ولزوم الأجرة مع جواز الإقالة والحاصل في هذه الصور وشبهها إنما هو الظن الضعيف. ولا يكاد يوجد ما يبقى فيه العلم إلا القليل من الصور، فمن ذلك النسب والولاء فإنه لا يقبل النقل فيبقى العلم على حاله. ومن ذلك الشهادة

بالإقرار فإنه اخبار عن وقوع النطق فى الزمن الماضى، وذلك لا يرفع: ومن ذلك الوقف إذا حكم به حاكم، أما إذا لم يحكم به حاكم فإن الشهادة إنما تنفيذ الظن فقط، فإذا شهد بأن هذه الدار وقف احتتمل أن يكون حاكم حنفى حكم بطلانه أهـ. أى على قول أبى حنيفة.

أقول ان ما نقله عن القرافى فى ضعف مستند الشهادة مبنى على احتمال غير ناشئ عن دليل لأن الشهود اعتمدوا فى شهادتهم على قيام السبب، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه فمتى ثبت السبب من بيع ونكاح واقراض ونحو ذلك وجب امتداد الحكم شرعا إلى زمان ظهور مناقض له من إقالة بيع وطلاق ووفاء دين إلخ، أما إذا لم يوجد السبب الموجب للحكم فى الماضى بشروطه بل توقف عمله على شروط لما يوجد بعد فإنه لا يكون حجة للاستحقاق. وذلك كارث المفقود من غيره لأن سبب الارث كالقربة أو الزوجية شرطه تحقق حياة الوارث وقت موت المورث وألا يرتفع السبب من قبل أن كان قابلا للرفع وألا يوجد مانع يمنع من الارث. فاستحقاق الارث إنما يكون عقب وفاة القريب أو المولى أو الزوج مع تحقق الشروط وانتفاء الموانع وقت الوفاة، وهذا بخلاف الأسباب القائمة فى الماضى المفيدة لحكمها الموجبة لامتداده شرعا حتى يوجد ما ينهيه ويقطعه كالبيع والاجارة والنكاح والايصاء، فوضح الفرق وانظر مبحث الاستصحاب فى كتب الأصول.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

– الشهادة وجوب موافقتها للدعوى شهادة الشهود بأكثر مما ادعاه المدعى أو بغيره. أثره. عدم قبولها. علة ذلك. (١)

– من المقرر فى الفقه الحنفى أنه يشترط لقبول الشهادة على حقوق العباد أن تكون موافقة للدعوى فيما تشترط فيه الدعوى فإن خالفها لا تقبل، وقد تكون تامة بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما ادعاه المدعى، وقد تكون الموافقة ببعض الدعوى وتسمى موافقة ضمنية وهى تقبل اتفاقا ويأخذ القاضى بما شهد به الشهود باعتباره القدر الثابت

(١) الطعن رقم ٦٩ لسنة ٦٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ٣٠/١١/١٩٩٨، مجلة نادى القضاة السنة ٣١ العدد

من المدعى بالبينة، ولا تلزم الموافقة فى اللفظ بل تكفى الموافقة فى المعنى والمقصود سواء اتحدت الألفاظ أو تغايرت. (٢)

- من المتفق عليه عند فقهاء الحنفية أنه يشترط فى الشهادة أن تكون موافقة للدعوى - فيما تشترط فيه الدعوى - فإن خالفها لا تقبل إلا إذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند إمكان التوفيق، إلا أن هذا الشرط وعند الحنفية كذلك لا يجد محلاً يرد عليه إذا كان تكذيب المدعى لشهوده فى شىء زائداً عن موضوع الدعوى. (٣)

(٢) الطعن رقم ٨٥ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٠/٢/٢٠٠١

، الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢١/١٢/١٩٩٩

مجلة نادى القضاة السنة ١٣٢ العدد الأول ص ٥٠٨ بند ٥٤

، الطعن رقم ٢٤ س ٦١ ق - أحوال شخصية - ١٤/٢/١٩٩٥

، الطعن ١٥٤ لسنة ٦١ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٨/٣/٩٥

، الطعن رقم ١١٠ لسنة ٦٠ ق - أحوال شخصية ، الطعن رقم ٢١١ سنة ٦٠ ق أحوال شخصية

، الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٠ ق أحوال شخصية - جلسة ٣١/٥/١٩٩٤ .

، الطعن رقم ٢٢٨ سنة ٥٩ ق - جلسة ٢٤/١١/١٩٩٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٣ ص ١٢٠٧).

، الطعن رقم ٢٢ سنة ٥٩ ق أحوال شخصية جلسة ٢٠/١١/٩٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤١ ص ٧٠٧

الطعن ٢٣ سنة ٥٠ ق أحوال شخصية - جلسة ٣١/٣/٨١ لم ينشر

، الطعن رقم ٤ سنة ٤٥ ق أحوال شخصية - جلسة ٢٤/١١/٧٦ .

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٩٠ قاعدة ١٩٤٥ .

، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ١٦٣٦ .

(٣) الطعن ٤٤ سنة ٥١ ق أحوال شخصية - جلسة ١٦/٣/٨٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص ٩٩٤

، الطعن رقم ٣ سنة ٤٣ ق أحوال شخصية - جلسة ١٠/٣/١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ٦٠٣

، الطعن رقم ٨ سنة ٤٤ ق أحوال شخصية - جلسة ٢١/١/١٩٧٦ .

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٩٠ قاعدة ١٩٤٥ ، ص ٦٧١ قاعدة ١٨٧٧

، ١٨٧٨ .

- الشهادة عند فقهاء الحنفية يشترط فيها أن تكون موافقة للدعوى. مخالفة الشهادة للدعوى مؤد لعدم قبولها إلا إذا وفق المدعى بينهما، لا محل لهذا الشرط إذا كان تكذيب المدعى لشهوده فى شىء زائد عن الدعوى.(٤)

- الشهادة فى الفقه الحنفى. شروطها. كفاية توافق أقوال الشهود دون تطابقها مع بعض المدعى به. مؤداه. اتفاق الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه تتضرر منه. كاف لاكتمال نصاب الشهادة فى دعوى التطلق. عدم استلزام أن تنصب الشهادة على كل واقعة من وقائع الإيذاء.(٥)

(٤) الطعن رقم ٤ لسنة ٣٦ ق أحوال شخصية جلسة ١١/٢/١٩٧٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢١ ص ٢٩٠.

(٥) الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» - جلسة ١٢/٢/٢٠٠١

الفرع الثانى

موافقة الشهادة للشهادة

مقدمة

قد تقدم أنه يكتفى بالموافقة التضمنية بين الشهادة والدعوى اتفاقاً. وأما بين الشهادة والشهادة فمذهب الصاحبين كذلك.

وأما على مذهب الإمام فلا بد لقبول الشهادة من تطابق لفظى الشاهدين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن سواء أكانت ألفاظ الثانى عين ألفاظ الأول أم غيرها (١) كما إذا شهد أحدهما بالتزويج والآخر بالنكاح أو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية (٢).

فلو ادعى ألفين فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين فالشهادة مقبولة على قول الصاحبين، وغير مقبولة على قول أبى حنيفة.

دليل الصاحبين أن الشاهدين اتفقا على الألف وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتماعاً عليه دون ما تفرد به أحدهما فيقضى بالألف لكمال النصاب بالنسبة له. ودليل أبى حنيفة أن الشاهدين اختلفا لفظاً. وذلك يدل على اختلاف المعنى إذ المعنى لا يستفاد إلا باللفظ وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل معنيهما متباينان، فحصل على كل منهما شاهد واحد فلم يتم النصاب.

(١) مادة ٣٦ فقرة ٢ من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية يكفى فى قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر فى المعنى وأن اختلفت الألفاظ.

(٢) ظن بعض الناس أنه لا بد أن تكون ألفاظ الشاهد الثانى عين ألفاظ الشاهد الأول أخذاً من ظاهر عبارة الدر المختار وهى قوله: ومنها موافقة الشاهدين لفظاً ومعنى وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط، وقد جادلنى فى ذلك بعض وكلاء الدعاوى محتجاً بعبارة الدر المذكورة آنفاً فوجهت نظره إلى عبارة التكملة تعليقاً عليها وهى قوله: واختلاف لفظهما الذى لا يوجب اختلاف المعنى لا يضر كالنكاح والتزويج والهبة والعطية. فاقنع. (الطبعين الأولى والثانية).

والفتوى على قول أبى حنيفة (٣).

إذا تقرر هذا فأعلم: ان اختلاف الشاهدين إما فى نفس المشهود به أو فى قدره أو فى زمانه أو فى مكانه أو غير ذلك من متعلقاته والأصل فى هذا كله أنه لابد من تكامل النصاب فى الشهادة وأن تكون الشهادة بعد تكامل نصابها موافقة للدعوى على ما تقدم.

ولأذكر مسائل الاختلاف فى ثلاثة مباحث:

(٣) جاء فى المادة (١٧٢) من اللائحة السابقة ما نصه: يكفى فى قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين الآخر فى المعنى وأن اختلفت الألفاظ، وكذا فى مطابقة الشهادة للدعوى أهـ. وقد زيد فى التعديل العبارة الآتية: ولا يشترط فى قبولها لفظ أشهد أهـ (أنظر قانون ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦) وقد قدمنا ذلك فارجع إليه وظاهر هذا النص يؤخذ منه أن العمل يجب أن يكون بما هو مقرر فى المذهب من الأخذ بقول الإمام فى مطابقة الشهادة للشهادة، وبقولهم جميعاً فى مطابقة الشهادة للدعوى، وإن الغرض منها توجيه نظر القضاة إلى المعنى فى كلام الشهود وكلام المدعى وإن اختلفت الألفاظ متى حصل المقصود.

ولم يلاحظ الواضع الموافقة التضمنية بين الشهادة والدعوى ولا الموافقة المطابقة أو التضمنية بين الشاهدين اعتماداً على ما هو مقرر فى المذهب بل اتجه نظره إلى تنبيه القضاة إلى الاكتفاء بالموافقة فى المعنى وألا يكونوا كهذا الذى فهم من ظاهر عبارة الدر أنه لابد من توافق الألفاظ ولم ينظر إلى ما جاء فيه بعد ذلك. وما جاء فى المذكرة الإيضاحية يؤيد ما قلته هنا، وقد جرت عادة المحامين كلهم أو جلهم على أن يلقنوا كل واحد من الشاهدين عبارة واحدة يحفظها كل منهما لأداء شهادته.

واللوم فى ذلك على القضاة أولاً وعلى المحامين ثانياً. وأحسب أن هذه المهزلة قد خفت الآن.

المبحث الأول

اختلاف الشاهدين فى نفس المشهود به أو بعض متعلقاته

قال فى البدائع: قد يكون هذا الاختلاف فى العقد وقد يكون فى المال. أما فى العقد فهو أن يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك، فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بعقد غير ما شهد به الآخر. وليس على أحدهما شهادة شاهدين. وأما فى المال فهو أن يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لأنهما جنسان وليس على أحدهما شهادة شاهدين أھـ. بحروفه. ومن صور الاختلاف أن يدعى عشرة دنانير فيشهد أحدهما بعشرة دنانير ويشهد الآخر بعشرة دراهم فلا تقبل الشهادة أى لا يقضى بها اجماعاً لعدم تكامل النصاب. ومثله ما إذا ادعى ألفاً فشهد أحدهما بألف قرضاً، والآخر بألف ثمن متاع.

وإذا اختلف الشاهدان فى بعض متعلقات المشهود به وأدى اختلافهما إلى اختلاف المشهود به لا تقبل الشهادة كما لو شهد أحدهما بأنه قتله بسكين وشهد الآخر بأنه قتله بمسدس، وكذا لو شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لون البقرة المسروقة وكان المسروق منه ذكر لونها فى دعواه، أما إذا لم يذكر المدعى لونها فى الدعوى واختلف الشاهدان فيه فإن كان اللونان غير متقاربين كالأسود والأبيض فلا تقبل الشهادة اتفاقاً. وإن كانا متقاربين كالأسود والأخضر وكانت السرقة ليلاً فعلى قول أبى حنيفة تقبل الشهادة لتشابه اللونين وأما على قول صاحبين فلا تقبل لأن لون الشيء من مشخصاته فالأخضر غير الأسود فلم يتم النصاب. والظاهر هو قول الإمام.

ومما يتصل بهذا ما إذا شهد أحدهما أنه قال لزوجته أنت خلية وشهد الآخر أنه قال لها أنت برية فإن الشهادة لا تقبل عندهم جميعاً. وعلمه قاضيخان بأن الشاهدين اختلفا فى لفظة الإيقاع فإن أحدهما يقول وقعت اليمينونة بوصفها بخلية. والآخر

يقول: وقعت بوصفها ببريه – وإن كان معنى اللفظين واحدا في إفادة بينونة. وعلل الولوالجي عدم القبول مع اتفاق الشاهدين على إثبات الحرمة بأنهما اختلفا في اللفظ والمعنى لأن معنى البراءة الفراغ عقب الشغل، ومعنى الخلو الفراغ المطلق فإذا اختلفا لفظا ومعنى لا يثبت المشهود به فلا يثبت حكمه وهو الحرمة (أنظر حاشية التبيين).

أقول: لا يخفى ما في تعليل الولوالجي من التعمق الذى لا تتحمله الشريعة السمحة الأمية فيجب الاكتفاء بما قاله قاضيخان فإنه واضح جدا مع بساطته.

المبحث الثانى

اختلاف الشاهدين فى قدر المشهود به

وتحت هذا: الاختلاف فى دعوى العقد - والاختلاف فى دعوى الدين والاختلاف فى دعوى العين.

١ - فى اختلافهما فى دعوى العقد

تحت هذا قسمان:

الأول: ما تتوقف صحة العقد فيه على تسمية البدل كالبيع والإجارة.

والثانى: ما لا تتوقف فيه صحة العقد على تسمية البدل كالنكاح.

والاختلاف فى القسم الأول مانع من قبول الشهادة اجماعاً، وفى القسم الثانى الخلاف.

فإذا شهد شاهد لرجل أنه اشترى بقرة من فلان بألف قرش وشهد آخر أنه اشتراها بألف وخمسمائة قرش كانت الشهادة غير مقبولة. لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد، والعقد يختلف باختلاف الثمن، فاختلف المشهود فى الحقيقة بسبب الاختلاف فى قدر الثمن، ولم يتم النصاب على أحد المقدارين. والإجارة مثل البيع لو كان اختلاف الشهود قبل انقضاء المدة فإن كان بعدها فالدعوى دعوى دين. وكذا إذا ادعت المرأة الخلع واختلفا فى مقدار البدل لأن مقصودها إثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه، فإن كان المدعى هو الزوج وقع الطلاق بإقراره وكانت دعواه فى الحقيقة دعوى دين - وسيأتى حالا .

وفى دعوى الرهن: ان كان المدعى هو المرتهن فهو كدعوى الدين، وان كان الراهن فلا تقبل الشهادة لأنه ليس له أن يلزم المرتهن قبول الرهن.

وفى دعوى الصلح عن دم العمد والعنق على مال ان كان المدعى هو القاتل أو العبد لا تقبل الشهادة مع الاختلاف لأن مقصود كل من القاتل والعبد إثبات العقد دون المال وهو لا يثبت مع اختلاف الشهود. وإن كان المدعى هو ولى الدم أو مولى العبد ثبت العفو والعنق بإقرارهما وكانت الدعوى دعوى دين.

وكذا الكتابة لا تقبل الشهادة عليها مع اختلاف الشاهدين فى قدر البدل سواء أكان المدعى هو العبد أم السيد وذلك لأن الغرض من دعوى الكتابة إثبات السبب، «وانظر التبيين».

وأما فى العقد الذى لا يتوقف صحته على تسمية البدل كالنكاح فالمسألة خلافية. فإذا شهد شاهد لزيد أنه تزوج فلانة بألف وشهد آخر أنه تزوجها بألف وخمسمائة فعلى قول أبى حنيفة تجوز الشهادة ويقضى بالنكاح وبألف. وعلى قولهما لا يقضى بشىء أصلا. دليلهما أن هذا اختلاف فى العقد فأشبه اختلافهما فى البيع. ولأبى حنيفة أنهما اتفقا على النكاح وهو يصح بدون تسمية المهر إذ المال تابع (كما بين فى محله) والشاهدان لم يختلفا فى الأصل فثبت، ثم يقضى فى التبع وهو المهر بالأقل وهو الألف لاتفاقهما عليه (أنظر العناية).

(تنبيه) لا تظن أن أبا حنيفة فى هذه المسألة وأشباهاها خالف أصله إذ قضى بالألف فتحسب أنه يكتفى بالموافقة التضمنية لما ستعلمه من اختلاف الشاهدين فى دعوى الدين.

٢ — اختلاف الشاهدين فى دعوى الدين

اختلاف الشاهدين فى دعوى الدين يحتاج إلى تمهيد وهو أن الاعداد فى نظر أبى حنيفة على ثلاثة أنواع:

(الأول) الأعداد المتعاطفة، وهذه تكون مركبة من جملتين أو أكثر على حسب ما يفيد حروف العطف: فنحو ألف وخمسمائة جملتان من الأعداد: الأولى ألف، والثانية خمسمائة. ونحو ألف وخمسمائة وثلاثون ثلاث جمل، وهكذا، فهو لا يعتبر الألف والخمسمائة شيئا واحدا بل يعتبرهما شيئين.

(الثانى) الأعداد المركبة وهى من أحد عشر إلى تسعة عشر، قيل أنها من قبيل المتعاطفة لأن حروف العطف مقدر بين جزئيهما. والصحيح أنها من قبيل المفردة.

(الثالث) الأعداد المفردة وهى غير المتعاطفة وغير المركبة مثل ثلاثة وعشرة وخمسين ومائة وأربعمائة وألف وألفين وسبعة آلاف ومائة ألف وهكذا، يدخل فيها العقود والمضاف والمثنى قولاً واحداً، وكذا الأعداد المركبة على الصحيح كما تقدم.

إذا تقرر هذا فأعلم أن المدعى إذا دعى ألفاً وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت الشهادة وقضى بالألف اتفاقاً. أما على قولهما فلو جود الموافقة ضمناً، وأما على قوله فإنه اعتبر أن المدعى ادعى شيئين الألف والخمسمائة، وشهد أحد الشاهدين بهما جميعاً وشهد الآخر بأحدهما وهو الألف فوجد النصاب كاملاً بالنسبة للدعوى بالألف فيقضى به. وأما الخمسمائة فلا بد للقضاء بها من نصاب كامل أو يحلف المدعى عليه.. الخ. أما إذا كان ما ادعاه المدعى ألفاً (أى أقل مما شهد به أحد الشاهدين) فلا نقبل الشهادة اتفاقاً لتكذيب المدعى أحد الشاهدين في الزيادة، إلا إذا وفق كما تقدم. وإذا ادعى ألفين (مثلاً) فشهد أحدهما بألفين والآخر بألف، قبلت الشهادة على قولهما وقضى بألف، وأما على قوله فلا تقبل. وكذا لو ادعى ثمانية عشر (مثلاً) فشهد بها أحدهما وشهد الآخر بخمسة عشر، والوجه يعلم مما تقدم (١).

ومما يتفرع على هذا أنه إذا شهد بألف لكن قال أحدهما أنه قضاه خمسمائة منها قبلت شهادتهما بالألف، ولم يسمع قول الشاهد الثاني أنه قضاه خمسمائة منها

(١) أقول : إن لى نظراً في التفرقة بين الأعداد المتعاطفة وغيرها، وذلك أن المعدودات مقادير تبتدئ من الواحد ولا نهاية لها، فلو أن الواضع أراد أن يضع لكل مقدار منها لفظاً يدل عليه لاستلزم هذا وضع ألفاظ لا تنهاى، ولتعذرت الاحاطة بتلك الألفاظ وفنيت الأعمار قبل تحصيلها. فاقضت حكمة من أحاط بكل شئ علماً أن توضع الفاظ قليلة يسهل حفظها والاحاطة بها للدلالة على جميع المقادير، فبعضها يدل عليه بلفظ مفرد، وبعضها بلفظ مركب، وبعضها بلفظين معطوف أحدهما على الآخر أو الفاظ متعاطفة، وليست اللغات في ذلك سواء فقد يدل على مقدار بلفظ مفرد كسبعين (مثلاً) في اللغة العربية، وفي لغة أخرى كاللغة الفرنسية يدل عليه بلفظين معطوف أحدهما على الآخر (ستين وعشرة) وهكذا مما لا يضبطه نمط واحد في جميع اللغات. وغايتها كلها الدلالة على مقادير المعدودات بالآفاظ معينة. والحاصل أن مدلول كل لفظ من هذه الألفاظ سواء أكان مفرداً أم مركباً أو كلمتين بينهما حرف عطف هو مقدار من المقادير منظور فيه الى جملته عند اطلاق اللفظ عليه. فإذا قلت «الف وخمسمائة» مثلاً فليس المراد أنك تعنى بذلك شيئين أحدهما اسمه ألف والآخر اسمه خمسمائة بل انما تعنى شيئاً واحداً هو ما يدل عليه هذا العدد من الكم المتفصل وكذا قولك الفان فلا معنى أصلاً لهذه التفرقة التي لاحظها الامام أبو حنيفة وإلا لزمه أن يقول أن مدلول كلمة سبعين في اللغة العربية جملة واحدة، وفي اللغة الفرنسية جملتان وهذا مما لا ينبغي أن يقال. فالحق أن هذه التفرقة بين الأعداد لا أساس لها ترتكز عليه.

لأنها شهادة فرد حتى إذا انضم إليه آخر قبلت. وعن أبي يوسف أنه يقضى بخمسائة لأن مضمون شهادة الثانى أن لا دين عليه الا خمسمائة، قالوا :
وينبغى للشاهد اذا كان يعلم بقضاء الدين أو بعضه أن يشهد بما يعلم كيلا يصير معينا على الظلم. وهو قول حسن وانظر التبيين والهداية. وشييه بقول أبى يوسف هنا ما سيأتى فى تجزؤ الاقرار والخلاف فيه.

٣- إختلاف الشاهدين فى دعوى العين

إذا ادعى عليه هذين الفرسين (مثلا) فشهد أحدهما أنهما للمدعى وشهد الآخر له بأحدهما قبلت الشهادة اتفاقا وقضى للمدعى بالفرس الذى تم فيه نصاب الشهادة، صرح بذلك فى الدر. ووجهه على قولهما ظاهر، وكذا على قول أبى حنيفة كما يؤخذ من دعوى الدين المتقدمة، لأن المدعى إدعى شيئين متميزين وقد تم نصاب الشهادة على أحدهما كما تم على الألف فى الدعوى بألف وخمسمائة (المتقدمة) بل هذا أولى لامتياز أحدهما عن الآخر امتيازاً محسوساً.
وإذا ادعى داراً فى يد غيره فشهد أحدهما له بما ادعى وشهد الآخر بنصف الدار (مثلاً) فالظاهر أنه يقضى له بالنصف على قولهما ولا يقضى له بشئ على قول أبى حنيفة والله أعلم.

المبحث الثالث

اختلاف الشاهدين فى زمان المشهود به ومكانه

وتحته ثلاثة:

(الأول) فى الشهادة على الأفعال.

و(الثانى) فى الشهادة على الأقوال التى يشترط لصحتها الفعل.

(الثالث) فى الشهادة على الأقوال التى لا يشترط لصحتها الفعل.

١- فى الشهادة على الأفعال

الفعل الواحد يستحيل أن يكون فى مكانين أو فى زمانين وعلى ذلك اذا ادعى غصبا أو قتلا أو ضربا أو أى فعل آخر واختلف الشاهدان فى المكان أو الزمان فلا تقبل الشهادة لأن الفعلين فى مكانين أو زمانين غيران وليس شيئا واحد فلم يتم النصاب، كأن يشهد أحدهما أنه غصبه منه فى الاسكندرية والآخر أنه غصبه فى دمياط، أو يشهد أحدهما أنه ضربه يوم الخميس ويشهد الآخر أنه ضربه يوم الاثنين.

ومن ذلك ما قاله فى الكنز والتبيين من أنه اذا شهدت جماعتان توافرت فى كل منهما شروط الشهادة بمجلس الحاكم بأن بكرا قتل زيدا لكن شهدت احداهما بأنه قتله يوم النحر بمكة وشهدت الأخرى بأنه قتله يوم النحر بمصر فان الحاكم يرد الطائفتين لأن احداهما كاذبة بيقين..، وليست احداهما أولى بالقبول من الأخرى.

وهذا لأن القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لأن الأول حركات انقضت لكونه عرضا لا يبقى زمانين، والثانى حركات أخر غير الأولى، ولا يمكن أن يجعل الثانى اخبارا عن الأول حتى يصير تكرار الأول واعادته، لأن الأخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور فكانا غيرين حقيقة وحكما.

وهذا بخلاف القول لأن القول يحكى بالقول.

فان قضى القاضى بأحدى البيتين قبل أن تشهد الأخرى ثم أرادت الأخرى أن تشهد بعد القضاء فلا يلتفت إليها لأنه لما حكم بأنه قتل فى مكة (مثلا) صار ذلك

٢- فى الشهادة على الأقوال التى يشترط لصحتها الفعل

وذلك كالنكاح فانه قول مؤلف من ايجاب وقبول لكن يشترط لصحته حضور الشاهدين وهو فعل . واذا يكون اختلاف الشاهدين فيه مانعا من العمل بالشهادة لما تقدم.

٢- فى الشهادة على الأقوال التى لا يشترط لصحتها الفعل

ويندرج فى هذا الشهادة على الاقرار والانشاءات التى يستوى فيها لفظ الانشاء ولفظ الإخبار، ففي الاقرار ودعوى البيع والشراء والطلاق والعق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة وسائر الأقوال، اذا اختلف الشاهدان فى الزمان أو المكان أو فيهما جميعا فلا يضر هذا الاختلاف بل تقبل الشهادة، فلو شهد أحدهما أنه باعه اياه بـدكانه يوم الخميس وشهد الآخر أنه باعه اياه بداره يوم السبت قبلت الشهادة وهكذا.

واختلف الامام وصاحبه فى دعوى القذف (أنظر التبيين).

والأصل أن المشهود به ان كان قولاً كالبيع ونحوه فاختلف الشاهدين فى الزمان أو المكان أو فيهما جميعا لا يمنع قبول الشهادة لأن القول مما يعاد ويكرر، ولفظ الانشاء فيه كلفظ الاخبار، تقول فى الانشاء بعت وفى الاخبار بعت وهكذا (ولينظر البدائع فى هذا المقام).

وان كان المشهود به فعلاً كالغضب أو قولاً لكن الفعل شرط لصحته كالنكاح فاختلفهما فى الزمان أو المكان يمنع القبول لأن الفعل فى زمان أو مكان غير الفعل فى زمان ومكان آخر (كما تقدم) فاختلف المشهود به (أنظر التبيين).

قال فى جامع الفصولين. سكت شاهد البيع عن بيان الوقت والمكان فسألتهما القاضى فقالا لا نعلم ذلك تقبل شهادتهما لأنهما لم يكلفا حفظ ذلك أهـ. ونقل فى الحامدية عن البزازية : أن القاضى لو سأل الشاهدين عن الزمان والمكان فقالا لا نعلم، تقبل شهادتهما لأنهما لا يكلفان به أهـ. فعبارة البزازية مطلقة لم تقيد ببيع ولا بغيره.

والحاصل أنه اذا سكت الشاهدان عن الزمان والمكان، أو سألتهما القاضى فقالا لا

نعرف قبلت شهادتهما.

وأما إذا ذكر الزمان والمكان واختلفا.

فإن كانت الشهادة على الاقرار أو على البيع وأخواته فإنها تقبل ولا يضر الاختلاف.

وإن كان على فعل أو على قول يشترط الفعل لصحته فلا تقبل.

هذه خلاصة ما قاله علماء المذهب.

(تنبيه) إذا ادعى أى تصرف ولو فعلا، وشهد الشهود باقرار المشهود عليه به قبلت

الشهادة بالاتفاق لوجود الموافقة الضمنية، هكذا فى تكملة رد المحتار لكن لو اختلف

الشهود فالمسألة على أربع صور

(الأولى) أن يدعى الفعل كالقتل والغصب فيشهد أحدهما بالفعل، والآخر بالاقرار

به. فلا تقبل الشهادة على قول أبى حنيفة لعدم تمام النصاب. وتقبل على قولهما لوجود

الموافقة ضمنا.

(الثانية) أن يدعى القول المحض كالبيع فيشهد أحدهما بالانشاء والآخر بالاقرار به.

فتقبل بالاتفاق، أما عندهما فظاهر، وأما عنده فلا لأن لفظ الاخبار كلفظ الانشاء.

(الثالثة) القول الذى يشترط الفعل لصحته كالنكاح فإذا شهد أحدهما بالانشاء والآخر

بالإقرار فلا تقبل الشهادة لعدم تمام النصاب ولا يمكن أن يجعل الأخبار فيها كالانشاء لأن

الانشاء لا يصح إلا بحضور شاهدين بخلاف الاخبار.

(الرابعة) الأفعال الملحقه بالأقوال كالقرض فهذه حكمها كالبيع (أنظر تكملة رد

المحتار).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن :

- التعدد فى الشهادات. شرط صحتها. إتفاقها مع بعضها. علة ذلك (١)

- الشهادة فى الفقه الحنفى. شروطها. كفاية توافق أقوال الشهود دون تطابقها مع

بعض المدعى به. (٢)

(١) الطعن رقم ٧٣ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨/٦/١٩٩٩

(٢) الطعن رقم ٣٣ لسنة ٥٠ قضائية جلسة ٣١/٣/١٩٨١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص ٩٩٤

- موافقة الشهادة للشهادة. شرائط ذلك في المذهب الحنفى. كفاية تطابق اللفظين على إفادة المعنى سواء كان ذلك بعين اللفظ أو بمرادف له. مثال في دعوى طلاق. (٣)
- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن اختلاف الشاهدين في اللفظ الذى لا يوجب اختلاف المعنى ليس بضائر ولا يحول دون قبول شهادتهما كبينة على الأضرار خلوها من بيان تاريخ حصول واقعة الأضرار تحديدًا طالما انصرفت الشهادة لبيان الأضرار والظرف الحاصل فيه. (٤)

انه وان كان اشتراط التعدد فى الشهادة فى الشرع الإسلامى إنما يعنى أصلاً موافقة الشهادة للشهادة بحيث ترد أقوال كل شاهد مطابقة لأقوال الآخر، ولئن اختلفت الأقوال عند الحنفية فيما يتعلق بشرائط موافقة الشهادة للشهادة بين الامام وصاحبيه، فبينما يرى صاحبان الاكتفاء بالموافقة الضمنية أسوة بمطابقة الشهادة للشهادة، اذ برأى الامام يوجب لقبول الشهادة تطابق لفظى الشاهدين بطريق الوضع لا بطريق التضمين، الا أن المراد عنده أيضاً هو تطابق اللفظين على إفادة المعنى سواء كان بعين اللفظ أو بمرادف له، واذ كان البين أن الشاهدين قد توافقت أقوالهما فى العبارة الأولى مع الطاعن، وأنهما اختلفا فى العبارة الثانية الا أن كلا العبارتين تحقق ذات المعنى المتواضع عليه عرفاً فى أنها من الفاظ السباب المترادفة والتي تعنى مقصوداً واحداً، الامر الذى يسوغ معه القول بمطابقة الشهادة للشهادة فى هذا المجال. (٥)

- اذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه وهو فى معرض استعراض أقوال الشهود أن شاهدى المطعون عليهما اتفقت كلمتهما على حضورهما واقعة السب دون واقعة الضرب التى قرر أولهما أنه سمع بها من المطعون عليها فى حين ذهب الثانى الى أنه شهد آثار الكدمات بها بسبب الاعتداء. ولئن كان الراجح فى مذهب الحنفية أنه لاستكمال نصاب الشهادة يتعين موافقة الشهادة للشهادة بتطابق لفظى الشاهدين على إفادة المعنى بطريق الوضع

(٣) الطعن رقم ٢٣٨ س ٦١ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٥/٩/٢٦

(٤) الطعن رقم ٤٧ سنة ٤٨ ق - أحوال شخصية ١٩٨٠/٣/٥ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٩١ قاعدة ١٩٤٧.

طعن ٤٧ سنة ٤٨ ق - أحوال شخصية - مجموعة المكتب الفنى سنة ٣١ ص ٧٥٢.

(٥) الطعن رقم ٤ لسنة ٤٥ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٧٦/١١/٢٤ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٩٠، قاعدة ١٩٤٦، مجموعة المكتب الفنى لسنة ٢٧ ص ١٦٣٦.

لا بطريق التضمن الا أن اختلاف اللفظ الذى لا يوجب اختلاف المعنى ليس بضائر ولا يحول دون قبول الشهادة وكان ما أثبتته الحكم من أقوال الشاهدين وان اختلف الفاظهما الا أن اجتماعهما انصب على معنى واحد هو سماعهما بنفسيهما الفاظ السباب وشهودهما مجلسه وكون المطعون عليها مصدر علم كل منهما بواقعة الاعتداء، وبذلك لا يكون هناك تناقض بين الشهادتين. (٦)

- متى كان الشاهد فى الأوراق أن المطعون عليها الأولى طلبت الحكم بثبوت اسلام المرحوم... وأن المحكمة أحالت الدعوى الى التحقيق لتثبت المدعى - المطعون عليها الأولى - أن المتوفى المذكور كان مسلما وقت وفاته، فيكون الاسلام هو المطلوب الشهادة به، وما النطق بالشهادتين والتبرى من المسيحية والصلاة جماعة الا الدليل عليه وهى أمور تعاد وتكرر بالنسبة للمعنى المقصود منها، ومن ثم فان اختلاف الشاهدين فى المظاهر التى استدلت بها كل منهما على اسلام المتوفى لا يغير شهادتيهما مادام حاصلهما اسلام المتوفى. (٧)

- المقرر فى الفقه الحنفى الواجب الاتباع أنه يشترط لصحة الشهادة عدم الاختلاف فيها متى كان المشهود به قولاً ملحقاً بالفعل، من قبيل النكاح، لأنه وان كان عبارة عن ايجاب وقبول وهما قولان. الا انه يشترط لصحته حضور شاهدين وهو فعل. فالحق بالفعل. ولئن كان اختلاف الشاهدين فى زمان النكاح ومكانه يعتبر مانعاً فى الأصل من قبول الشهادة والاعتداد بها، ألا أن العبرة فى الأخذ بالشهادة أو اطراحها هو بالمعنى لا باللفظ فليس بشرط أن يحدد الشاهدان الزمان أو المكان فى الفاظ واحدة، بل يكفى أن تتطابق جماع أقوالهما على أنها تنصب على واقعة بعينها وأن تنصرف الشهادتان وبما لا يوجب خلافاً فى المعنى الى ذات الزمان أو المكان، ولما كان ما شهد به الشاهدان يؤدى بصريح لفظه الى تطابق شهادتهما على قيام فراش صحيح بين الطاعن والمطعون عليها فى شهر يوليو ١٩٦٩ ولا يؤثر ما قرره أولهما من تحديد يومه واغفال الثانى هذا التحديد طالما توافقت أقوالهما على حصول العقد بمجلس بعينه، والبين من سياق ما ورد على لسان الشاهد الثانى بشأن اجراء العقد، ومن ثم فلا تعارض بين هذا الذى ذكره وما

(٦) الطعن رقم ١٣ سنة ٤٣ ق - أحوال شخصية - ١٩/١١/١٩٧٥.

(٧) الطعن رقم ١٥ سنة ٤١ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٦/٣/١٩٧٥ مجموعة القواعد التى قررتها

محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٨٩ قاعدة ١٩٤١، ١٩٤٣.

قرره الشاهد الأول من أن الطاعن حضر الى منزل المطعون عليها يومئذ الساعة الثامنة والنصف مساء. لما كان ما تقدم فانه لا يكون هناك اختلاف بين الشاهدين فى زمان أو مكان المشهود به. (٨)

- المقرر فى فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان الشهادة فيما هو قول محض وفيما يستوى فيه لفظ الانشاء ولفظ الأخبار، لا يغيرها ولا يبطلها ولا يمنع من قبولها الاختلاف الحاصل بين الشهادتين لان القول مما يعاد ويكرر ولأنهما لم يكلفا حفظ ذلك، واذ ذهب الحكم المطعون فيه الى شاهدى المطعون عليها قد اجتمعت كلمتهما على أن الطاعن وجه اليها الفاظ سباب معينة فى زمان ومكان واحد، واعتبر أن هذه الواقعة تشكل مضارة موجبة للتطبيق، فانه لا يوهن منها اختلافهما فى بيان مظاهر الانفعال الذى انطبقت آثاره على المطعون عليها أو فى أشخاص الحضور بمجلس السباب. (٩)

- الفتوى على أن الاختلاف بين الشهادتين فى القذف لا يمنع من قبول الشهادة طالما اقتصر على الزمان والمكان بخلاف ما إذا كان الاختلاف بين الإنشاء وبين الإقرار فلا تقبل إجماعاً، وهو أمر غير متوافر فى واقعة الدعوى لأن كلتا الشهادتين من قبيل الإنشاء، هذا إلى أن الواقعة المطلوب إثباتها هى الإضرار الحادث بالزوجة من الزوج والذى يجيز للزوجة طلب التطبيق، وما ألفاظ السباب إلا الدليل عليها وهى أمور تعاد وتكرر بالنسبة للمعنى المقصود منها، ومن ثم فإن الاختلاف فى الشهادة زماناً ومكاناً فى المظهر الذى استدل به كل منهما على وقوع الإضرار وهى الأقوال التى سمعها الشاهدان ونقلها ليس بضائر شهادتهما. (١٠)

(٨) الطعن رقم ٦ سنة ٤٦ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٢/٧/١٩٧٧.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٨٣ قاعدة ١٩١٩.

(٩) الطعن رقم ١٢ سنة ٤٣ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٢/١١/١٩٧٥.

والطعن رقم ٤٢ سنة ٤٠ ق - أحوال شخصية - جلسة ٩/١/١٩٧٤.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٨٩ قاعدة ١٩٤٢.

(١٠) الطعن رقم ٤ سنة ٤٥ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٤/١١/١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧

ص ١٦٣٦.

- اختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان. لا أثر له فى قبول شهادتهما فى الفقه الحنفى. شرطه، أن يكون المشهود به قولاً محضاً. (١١)

- من المقرر فى الفقه الحنفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان المشهود به قولاً محضاً فإن اختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة لأنهما لم يكلفا حفظ ذلك ولأن القول مما يعاد ويكرر. (١٢)

- التطبيق للضرر. كفاية اتفاق أقوال الشهود على إضرار الزوج زوجته على وجه معين. لا يشترط أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من وقائع الإضرار. علة ذلك. (١٣)

- يتعين لصحة الشهادات فيما يشترط فيه التعدد أن تتفق مع بعضها لأنه باختلافها لا يوجد إلا شرط الشهادة وهو غير كاف فيما يشترط فيه العدد. وإن كان نصاب الشهادة على الضرر الموجب للتطبيق وفقاً للراجح فى مذهب أبى حنيفة رجلين عدلين أو رجل وأمرأتين عدول، وكان البين من الأوراق أن الشاهد الثانى من شاهدى المطعون عليها وإن شهد بأن الطاعن تهجم على زوجته المطعون عليها فى حضوره حال وجوده فى منزلها إلا أنه إذ لم يفصح عن كيفية حصول التهجم

(١١) الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٦٦ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢١/٤/٢٠٠١

والطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٦٤ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٥/٢/١٩٩٩

مجلة نادى القضاة السنة ٣١ العدد ١، ٢، ص ٦٤١ بند ١٣٨

، طعن ١٨ سنة ٤١ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٢/٢/٧٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٦ ص ٢٧٨

، طعن ٤٢ سنة ٤٠ ق - أحوال شخصية - جلسة ٩/١/٧٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٥ ص ١٣٥

، طعن رقم ٥٠ سنة ٥٢ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٨/٦/١٩٨٣

مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٤ ص ١٥٠٧.

(١٢) الطعن رقم ١٨ لسنة ٤١ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٢/٢/١٩٧٥

والطعن رقم ٤ سنة ٤٥ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٤/١١/١٩٧٦.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٨٨ قاعدة ١٩٤٠.

(١٣) الطعن رقم ١٩ سنة ٥٠ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٨١ مجموعة المكتب الفنى السنة

٣٢ ص ١٨٣٤

المشهود به، وما إذا كان قد تم بالقول أو بالفعل حتى تقف المحكمة على حقيقة ما صدر من الطاعن تجاه المطعون عليها وتقدر ما فيه من إساءة لها وتضرر أمثالها منه، فإن شهادته لا يتوافر بها نصاب الشهادة على المضارة التي شرع التفريق بين الزوجين بسببها. وإذ أيد الحكم المطعون فيه رغم ذلك ما قضى به الحكم المستأنف من تطليق المطعون عليها على زوجها الطاعن على سند مما شهد به شاهداها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. (١٤)

(١٤) الطعن رقم ٣١ سنة ٥١ ق - أحوال شخصية - مجموعة المكتب الفني السنة ٣٤ ص ٢٥١

الفصل التاسع

فى التزكية

وتفصيل القول فى تعديل الشهود وجرحهم

نبذة تاريخية

(الطبعة الرابعة) أذكر هذا الموضوع لما كان له من أهمية ولبيان آراء فقهاء الشريعة فيه. ومرجع لمن أراد الاستزادة.

من معانى التزكية فى اللغة المدح. ومن ذلك تزكية الانسان نفسه أى مدحه أياها. والمراد بها فى اصطلاح فقهاء الشريعة اخبار من يثق القاضى بصدقه بعدالة الشاهد. لكن قانون ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ قد قضى على التزكية كما قضى على لفظ أشهد وأدخل كلا منهما فى خبر كان، وقرر الغاء المواد المتعلقة بالتزكية من اللائحة (١) وحلت اليمين محل أشهد، على ما تقدم. وهاك ما جاء فى مذكرته الإيضاحية بنصه :

«الحكمة فى مشروعية التزكية انه بسببها يثق القاضى بصدق الشهود فيما شهدوا به، وهى لا تفيد ذلك إلا اذا كان المزكون معروفين بالصدق والعدالة. وفى زماننا هذا يصعب على القاضى أن يجد فى كل حادثة من يوثق به فى الاخبار عن حال الشهود، ولذا جرى العمل على أن المدعى يحضر الشهود والمزكين - ولا علم للقاضى بحال الشهود ولا بحال المزكين - ثم مع هذا يأخذ القاضى رأيهم فى الشهود بطريقة هزلية، يقربهم منه ويسألهم عن حال الشهود سرياً ثم يبعدهم عنه ويسألهم عن حالهم جهراً، ثم يحكم بشهادة الشهود، وهو لم يزد علماً بحالتهم بعد التزكية عما كان عليه قبلها. هذا مع أن التزكية ليست شرطاً لصحة القضاء فى معتمد مذهب الحنفية، فلو قضى القاضى بشهادة الفاسق معروف الفسق بعد تبين صدقه فقضاؤه صحيح نافذ ولا أثم عليه) تكملة ابن عابدين صفحات ٦٧ و٦٨ و٩٩ .

(١) وهى المواد ١٨٩ و ١٩٠ و ١٩١ و ١٨٣ وعدلت المادتين ١٩٢ و ١٨٠ بناء على ذلك. راجع لائحة سنة

١٩١٠ ولائحة سنة ١٩٣١ وقد الغيت اللائحة الشرعية (المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١) بالقانون رقم ١

سنة ٢٠٠٠

كذلك تحليف الشهود اليمين الشرعية نقله صاحب البحر عن التهذيب لفساد الزمان. وفي الأخذ بهذا الرأي مصلحة ظاهرة الآن لشيوع شهادة الزور. ولأن القاضي المختص بعقاب شاهد الزور يرى أن الحلف ركن من أركان الشهادة فإذا لم يحلف الشاهد اليمين الشرعية صراحة كان لديه احتمال الفرار في العقوبة (٢).

وغير مجد القول بأن أشهد يتضمن اليمين لأنه معنى لا يفهم الآن عزفا والمعتبر في اليمين المعنى العرفي واشترط لفظ أشهد في أداء الشهادة ليس متفقا عليه بين الفقهاء فيعتمد مذهب المالكية عدم اشتراطه، وقد أطال الشيخ عليش في كتابه منح الجليل على متن خليل في النص على من قال باشتراطه. والمصلحة الآن تقضى بأن نأخذ بمذهب المالكية حتى لا يتقيد الشاهد في أداء شهادته بعبارة خاصة بل يؤديها بالعبارات التي اعتاد أن يعبر بها عما في ضميره» أهـ وانظر ما قدمناه.

فهو متصل بما ذكر هنا وفيه من البيان ما هو فوق الكفاية. ونقل في تكملة رد المحتار عن الملتقط أن غسان بن محمد المروزي قال : قدمت الكوفة قاضيا فوجدت فيها مائة وعشرين عدلا فطلبت أسرارهم فرددتهم الى ستة، ثم أسقطت أربعة فلما رأيت ذلك استعفيت واعتزلت أهـ.

لكني مع هذا أرى أن أذكر هنا ملخص ما جاء من معتبرات كتب المذهب في تزكية الشهود لاقتضاء التوسع في البحث ايراد ذلك فأقول :

قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود لحديث (المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف) (٣) ولأن الظاهر أن المسلم ينزجر عما هو محرم دينه، وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع، الا أنه اذا طعن الخصم في الشهود أو كانت الشهادة على الحدود والقصاص لا يكتفى بظاهر العدالة، بل لابد من السؤال عن الشهود وتزكيتهم. أما وجه السؤال عن الشهود لو طعن الخصم فلأنه تقابل ظاهران فيسأل القاضي طلبا للترجيح، وهذان الظاهران هما عدالة الشهود، وصدق المدعى عليه في طعنه، فان

(٢) قارن هذا بعقوبة شاهد الزور قانونا.

(٣) ومثله عن عمر رضى الله عنه في كتابه المشهور الى أبي موسى الأشعري «أنظر فتح القدير ونصب الراية».

الظاهر أن المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لأجل حطام الدنيا(٤) وأما الحدود والقصاص فلأنه يجب الاحتياط فيها لأن الشبهة فيها دائرة فلا يكتفى بالظاهر (وانظر الفتح والتبيين).

وقال أبو يوسف ومحمد : لا بد أن يسأل القاضى عن الشهود فى السر والعلانية فى جميع الحقوق وإن لم يطعن المشهود عليه لأن مبنى القضاء على الحجة وهى شهادة العدول، فلا بد من التعرف عن العدالة، وفى السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير أن الشهود ممن لا يجوز القضاء بشهادتهم. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لغلبة الفسق فى عصرهما (٥) فيتعارض مع ظاهر حال المسلم، قال فى الفتح : لانا لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بأن أكثر من التزم الاسلام لم يجنب محارمه، فلم يبق مجرد التزام الاسلام مظنة العدالة، فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض. والفتوى على قولهما، وبه قال الشافعى وأحمد. وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه، ومن عرف جرحه ردت شهادته وانما يسأل اذا شك أهـ. (أنظر الفتح) وفيه أن السلف لم يكونوا يسألون عن عدالة الشاهد اكتفاء بظاهر حاله وأول من سأل ابن شبرمة أهـ. وقال صاحب الهداية : وقد وقع الاكتفاء بتزكية السر فى زماننا تحرزا عن الفتنة. وروى عن محمد أن تزكية العلانية بلاء وفتنة أهـ. وقد أفتى بذلك كثير من العلماء لكن الأمر السلطاني ورد بوجوب التزكية سرا وعلانية كما نص على ذلك فى تكملة رد المحتار. وجرت عليه محاكمنا الشرعية المصرية الى أن صدر قانون ٣٠ مايو ١٩٢٦ فنسخها وانظر المجلة العدلية فى المواد من (١٧١٧ الى ١٧٢٢) وانظر المواد الملغاة من اللائحة وهى ١٨٩ و ١٩٠ و ١٩١ و ١٨٣ مع تعديل المادة ١٩٢ بما يقطع صلتها بالمادة (١٨٩) اذ صار نصها بعد التعديل : اذا مات الشهود أو غابوا فللمحاكم أن تحكم بشهادتهم. أهـ.

(٤) أقول : هذا ظاهر ضعيف لأن المشهود عليه متهم فى طعنه فى الشهود لأنهم يشهدون عليه وأما الشهود فلا تهمة بالنسبة لهم فكيف يستوى الظاهران حتى يطلب الترجيح؟

(٥) كانت وفاة أبى حنيفة سنة ١٥٠ ووفاة أبى يوسف سنة ١٨٢ ووفاة محمد سنة ١٨٧ رحمهم الله جميعا. وهذه المدة كافية فى تغير أحوال الناس كما هو مشاهد ولا سيما فى أدوار الانتقالات السريعة.

كيفية التزكية

التزكية تكون أولا في السر ثم تكون في العلانية:

كيفيتها في السر : هي أن يبعث المستورة (٦) الى المعدل وفيها نسب الشاهد وحليته وصناعته وبلده وكل ما يميزه عن غيره ويكون كافيا لتعريفه وبعد أن يقرأها المعدل يكتب تحتها ما يفيد التعديل أو الجرح ثم يردّها إلى القاضي، وذلك كله في السر. فان كان المعدل يعلم أن الشهود عدول يكتب تحت اسم كل منهم «عدل مقبول الشهادة» ولا بد من زيادة قوله - مقبول الشهادة - على الأصح، لأن المحدود في قذف يكون بعد التوبة عدلا لكنه غير مقبول الشهادة، اذ ذلك من تمام الحد كما تقدم، وكذا الأب إذا شهد لأبنه (مثلا) وان كان يعلم أن الشهود غير عدول كتب تحت اسم كل منهم «ليس بعدل» أو «الله أعلم» أو «مجهول الحال» أو يسكت ولا يكتب شيئا وينبغي للقاضي أن يسأل الشهود من كان عدلا صاحب خبرة بالناس، ويكون من الجهة التي ينسب إليها الشاهد. فان كان الشاهد طالب علم فالمعدل يكون من مدرسى مدرسته وان كان تاجرا سئل عنه من التجار وهكذا فان لم يكن له جهة ينسب إليها سأل الحاكم عنه من جيرانه الذين بينهم ليس بينهم وبينه عداوة ظاهرة، أو يسأل من أهل سوقه، فان لم يجد في هؤلاء، من يصلح للتزكية سأل عنه أهل محلته فان وجدهم كلهم غير ثقات اعتمد علي تواتر الاخبار. ويكفى في مزكى السر أن يكون واحدا على المفتى به وهو قول الشيخين لأن ذلك من قبيل الأخبار لا من قبيل الشهادة، ولذا لا يشترط في المزكى الا العدالة والعقل، وبعد ذلك لا يشترط شيء، فتصح من المرأة والأعمى والصبي والعبد والوالد لولده. غير أن الاحتياط في أن يزكى الشاهد اثنان.

ومتى ردت المستورة الى القاضي على يد رسوله فان وجد فيها ما يفيد الجرح صراحة أو دلالة قال للمدعى احضر شهودا غير هؤلاء، وان وجد فيها ما يفيد التعديل فانه يبادر الى تزكيتهم علانية.

(٦) المستورة هي الورقة التي يكتب فيها القاضي أسماء الشهود ونسبهم الخ سميت بذلك لأنه يبعثها سرا على

يد أمينة الى المزكى.

وكيفية التزكية فى العلانية أن يجمع بين المزكين والشهود فى مجلس القاضى، أو يرسل القاضى الشهود والاختصاص مع نائبه الى المزكين فيزكونهم علنا. والتزكية العلنية من قبيل الشهادة لكون شرطها مجلس القضاء، فيشترط فى المزكين كل ما يشترط فى شهود الأداء، لكن لا يشترط لفظ أشهد. وإنما اشترط الجمع بين الشاهد والمعدل لتتنفى شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسئول عنه من القاضى، اذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين (أنظر الفتح) وهذا صريح فى أن مزكى السر هو مزكى العلانية. لكن يرد على هذا أنه يكتفى فى تزكية السر بواحد على الصحيح كما تقدم آنفا، وأما تزكية العلانية فيشترط فيها العدد بالاجماع، فلو صادف أن المزكى فى السر كان واحدا فماذا يكون العمل فى تزكية العلانية، وكذا اذا كان مزكى السر ممن لا تقبل شهادته عندهم كالعبد والأعمى فكيف تقبل منه تزكية العلانية وهو خلاف ما اشترطوه، والجواب عن هذا ما نقله فى العناية عن الخلاصة قال : شرط الخصاص أن يكون المزكى فى العلانية غير المزكى فى السر، أما عندنا فالذى يزكيهم فى السر يزكيهم فى العلانية أه : فعلى قول الخصاص الأمر ظاهر، وأما على القول الآخر فالمسألة مشروطة بما اذا كان مزكى السر يصلح مزكيا فى العلانية وقد تم النصاب، وهذا هو الظاهر والله أعلم. وقال فى الفتح قد كانت العلانية وحدها فى الصدر الأول لأنه كان يغلب عليهم الصبر للحق أه. (تنبيه) اذا قال المدعى عليه أن الشهود عدول، فلا تقع بذلك التزكية، لأن فى زعم المدعى وشهوده أن المدعى عليه كاذب فى انكاره، مبطل فى اصراره، فلا يصلح معدلا، لأن العدالة شرط فى المزكى بالاجماع وعن أبى يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تعديلا، لكن عند محمد يضم تزكية واحد آخر الى تزكيته أى تزكية الخصم لأن العدد عند محمد فى المزكى شرط، وموضوع المسألة أن يقول هم عدول ألا أنهم أخطئوا أو نسوا. أما لو قال صدقوا، أو هم عدول صدقة، أو معنى هذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال : هم عدول. فالقاضى يسأل المدعى عليه أشهدوا عليك بحق أم بباطل؟ فان قال بحق فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضى بشئ (هكذا فى فتح القدير وانظر التبيين).

ومما يتصل بهذا أنه اذا زكى الشهود فى دعوى ثم شهدوا فى دعوى أخرى بينها وبين تزكيته الأولى أقل من ستة أشهر فلا حاجة الى تزكيته فى شهادتهم على الدعوى الثانية. وهذا هو المفتى به. وبه جاءت المادة (١٧٢٣) من المجلة والمادة (١٩١) من اللائحة الملغاة. قال فى الفتح : لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمضى ستة أشهر، وقال بعضهم سنة.

ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة أهـ (٧).

وإذا مات الشهود أو غابوا بعد أداء الشهادة فللقاضى أن يزكيهم ويحكم بشهادتهم، أما إذا عمو أو خرسوا قبل القضاء فلا يزكيهم القاضى ولا يقضى بشهادتهم.. أنظر الهندية وانظر تعليل ذلك فيما تقدم وأنظر المادة (١٧٢٦) من المجلة، والمادة (١٩٢) من اللائحة قبل تعديلها (٨).

تعارض الجرح والتعديل وما يتصل بذلك من الأحكام:

إذا جرح الشهود - أى طعن فيهم - واحد من المزكين وعدلهم اثنان منهم قدم التعديل على الجرح، لقيام نصاب الشهادة فيه. وإن عدلهم أكثر من اثنين (كعشرة مثلا) وجرحهم اثنان قدم الجرح على التعديل لبلوغ كل نصاب الشهادة، ولا عبرة بالزائد (أنظر تعارض العلل) والجرح مقدم لإثباته خلاف الأصل. وإن جرحهم واحد وعدلهم واحد فعلى قول الشيخين الجرح أولى لاعتماده خلاف الظاهر وقال محمد بالتوقف حتى يعدلهم أو يجرحهم آخر فيترجح أحد الجانبين.

الجرح المجرد والجرح المركب:

اعلم أن المدعى إذا طعن فى الشهود فإما أن ينسب إليهم أمرا تصح إقامة الدعوى عليه لإثبات حق لله كحد الشرب والزنا، أو حق للعبد كأن يقول: إن الشهود سرقوا منى كذا ويينه. وهذا الجرح يسمى جرحا مركبا لأنه طعن وفيه إثبات حق (٩). وأما أن ينسب إليهم أمرا لا تصح إقامة الدعوى عليه لإثبات أحد الحقين المذكورين آنفا، كأن يقول: إن الشهود فسقة، أو استأجرهم المدعى. ولذلك لأن الفسق يرتفع بالتوبة، وليس له حد مقدر شرعاً، واستئجار المدعى إياهم لا شأن للخصم به لأنه عقد إجارة بين طرفين ليس هو أصيلا ولا نائبا فيه، فلم يبق إلا مجرد الطعن. وهذا يسمى جرحا مجردا.

(٧) قارن هذا بما حكاه ابن فرحون فى تبصرته من الخلاف فى قبول شهادة شاهد الزور بعد أن يتوب وتحسن توبته.

(٨) انظر التبصرة ومعين الأحكام فى الكلام فيما يحدثه الشاهد بعد شهادته فتبطل. ففى كل منهما مسائل من المفيد معرفتها وتبين وجه النظر فيها.

(٩) بمعنى أنه ينسب إلى الشهود حوادث معينة يصح القضاء فيها ويصح إثباتها.

إذا تقرر هذا فاعلم أن الجرح المركب تقبل الشهادة عليه قبل التعديل وبعده إحياء لحق الله تعالى أو لحق العبد. وأما الجرح المجرد فقيل لا تقبل الشهادة عليه مطلقاً لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له الدفع بالتوبة ولأنه هتك السر، والستر واجب والإشاعة حرام، وإنما رخص فيه ضرورة إحياء الحقوق، وذلك فيما يدخل تحت الحكم وهو الجرح المركب. وقيل تقبل الشهادة عليه قبل التعديل لا بعده لاحتياج المدعى عليه إلى أن يدفع عن نفسه، وقد رجح هذا القول الأول وأيده في الفتح، وعليه عامة الكتب (١٠). والحاصل أنه بعد التعديل لا خلاف في عدم قبول الجرح المجرد، وأما قبل التعديل فالمسألة خلافية. لكن قال في التكملة: عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد بعد التعديل محله فيما إذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهراً، أما إذا أخبر به القاضى سرا وبرهن عليه سرا فإن الشهادة تبطل لتعارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح، أفاده في البحر. وأما قبول الشهادة على الجرح المركب فلا خلاف في قبولها بعد التعديل كما وأما قبول الشهادة على الجرح المركب فلا خلاف في قبولها بعد التعديل كما تقبل قبله، وقد صرح بذلك في المادة (١٧٢٤) من المجلة. لكن المادة (١٧٣) الملغاة من اللائحة منعت قبول الطعن بعد التزكية منعاً مطلقاً وهو مخالف لما فصلناه آنفاً لكنه حسن منعاً لتلاعب الخصوم في القضايا المؤدى إلى ضياع الحقوق مع التطويل، كما صرح بذلك في المذكرة الإيضاحية.

هذا، وقد جاء في المادة (١٨٢) من اللائحة السابقة ما نصه: إذا طعن المشهود عليه في الشهود طعناً غير شرعى رفضته المحكمة، وإن كان شرعياً وأراد تأجيل القضية لإثباته لا تؤجل إلا في الجلسة التالية، فإن لم يثبت رفضت الطعن وفصلت في الدعوى أهـ. وقد قدمنا ذلك وسيأتى شرحها.

(١٠) وأقول إن رجحان القبول هو الظاهر إذ للمدعى عليه أن يدفع عن نفسه مهاجمة المدعى إياه والقاضى لا يلزم أن يبنى حكمه على الشهادة إلا إذا كان الشهود عدولاً فإذا ثبت فسق الشاهد نفع ذلك المدعى عليه لأن القاضى أصبح غير ملزم بالحكم بناء على تلك الشهادة.

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الفصل العاشر

الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة غير جائزة قياسا لکنهم أجازوها استحسانا .
وجه القياس أن الشهادة عبادة بدنية وجبت على شاهد الأصل وليست بحق المشهود له بدليل أنه لا تجوز الخصومة فيها ولا الإيجاب عليها فهي فرض ديني محض (١) والنيابة لا تجرى في العبادة البدنية ولأن فيها زيادة احتمال لأن الاحتمال في موضعين، في الأصول وفي الفروع، وفيها شبهة من حيث البدلية لأنها قائمة مقام الأصل، ولذا لا يصار إلى الفروع إلا عند العجز عن أصول.
ووجه الاستحسان أن الحاجة ماسة إليها، إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لموت أو مرض أو بعد مسافة، فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى الأمر إلى إتواء الحقوق.

ولهذا جوزنا الشهادة على شهادة الفروع، وعلى شهادة فروع الفروع إلى غير نهاية امتثالا لحكم الضرورة. وصار ذلك ككتاب القاضي إلى القاضي.
كل ذلك دعت إليه المحافظة على الحقوق.
ولما كان فيها شبهة البدلية منعناها في الحدود والقصاص احتياطا (٢)

(١) انظر ما تقدم.

(٢) انظر العناية والفتح التبيين.

– الشهادة على الشهادة لا تقبل قانونا أخذا بالقياس. قال الأستاذ أحمد نشأت بك في رسالة الإثبات ما نصه:
ويجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصا ما يشهد به بحواس نفسه كما إذا حضر البيع وسمع الإيجاب والقبول ورأى دفع الثمن. أما ما علم به من الغير كأن سمع من آخر أنه حضر البيع إلخ فلا تقبل شهادته فيه.
ولا يعتبر شاهدا قانونا إلا ذلك الشخص الآخر الذي عرف شخصا ما حصل. وتسمى شهادة من علم بالأمر من الغير شهادة سماعية. وهذه الشهادة لا يعول عليها، لأنها لا تنشأ عن إدراك مباشر، ولا يخفى أن الأخبار كثيرا ما تتغير عند النقل.

وقال فى ظفر اللاضى: لم يأت شىء من الأدلة يدل على أن الشاهد يجوز له أن يشهد على شهادته شاهدا آخر بل أوجب سبحانه على الشهود أن يأتوا بالشهادة التى تحملوها. فقال سبحانه «ولا يَأْبُ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا» وقال تعالى «ولا تكتُموا الشهادة ومن يكتُمها فإنه أثم قلبه» فلا يجوز هذا الإرعاء لعدم وروده فى الشرع. فإن عرض للشاهد عذر يخشى معه فوته كالمرض أو عرض له سفر إلى مكان بعيد كان الإرعاء ها هنا جائزا لأنه قد اقتضته الضرورة. وفى تركه إضرار بمن له الشهادة وتفويت لحقه. فوجب السعى فى تلافى الأمر بحسب الإمكان. وهذا غاية ما يمكن. ومما يقوم مقام الإرعاء إذا لم يكن أقوى منه أن يكتب شهادته بخطه إذا كان معروف الخط، أو يكتبها بخط من يعرف خطه ويشهد على ذلك، إلى آخر ما قال. أقول معنى الإرعاء الاستماع والإصغاء والمراد به تحفيظ الشهادة، ومثله الاسترعاء أى طلب الحفظ.

وقال فى المذهب: تجوز الشهادة على الشهادة فى حقوق الآدميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى. لأن الحاجة تدعو إلى ذلك عند تعذر شهادة الأصل بالموت والمرض والغيبة.

وفى حدود الله تعالى وهو حد الزنا وحد السرقة وقطع الطريق وشرب الخمر قولان: أحدهما أنه يجوز لأنه حق يثبت بالشهادة فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الآدميين.

الثانى: أنه لا يجوز لأن الشهادة على الشهادة تراد لتأكيد الوثيقة ليتوصل بها إلى إثبات الحق، وحدود الله مبنية على الدراء والإسقاط فلم يجز تأكيدها وتوثيقها بالشهادة على الشهادة. إلى آخر ما قال.

= وجاء فى كتاب شرح تحقيق الجنايات لنشأت بك مانصه: يجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصا بحواس نفسه ما يشهد به، كأن رأى القتل أو الضرب، أو سمع القذف أو السب بنفسه. أما إذا قرر أنه سمع بذلك من الغير فتكون شهادته سماعية لا قيمة لها. لأن الشاهد الحقيقى هو ذلك الغير. إلا أنه إذا كان لا يمكن سماع شهادة الشاهد الحقيقى لأى سبب كوفاته (مثلا) فيصح سماع الشهادة بمزيد الاحتياط أهـ. وبالجمله فللقاضى أن يتخذ من هذه الشهادة ما يكمل به دليلا أو يقوى قرينة. هذا وما ترفض فيه المحاكم والنيابات سماع الشهادة ما يخبر به رجال الشرطة من أنهم علموا من مصدر سرى لكنهم يكتمون اسم المخبر.

وقال فى التبصرة: قال ابن عبد السلام: وقد اختلف العلماء فى الحكم بالشهادة على الشهادة، فذهب مالك رضى الله عنه قبولها وإعمالها فى سائر الأمور، مالا كان أو عقوبة. ثم قال بعد ذلك بكلام كثير: والشهادة على الشهادة لا تسمع إلا بموت الأصل أو مرضه أو غيبته بمكان لا يلزم الأداء منه، لأن النقل إنما أبيح مع الضرورة ولا يباح مع غيرها، إذ النقل عن الشهود مع حضورهم مشعر بريئة فيقع الشك فى صدقهم. وأيضا الظن الحاصل للقاضى من سماع شهادة الأصل أقوى من الظن الحاصل له من شهادة الفرع فلا ينبغي أن يقتصر على الأضعف مع قدرته على الأقوى على الشهادة، فذهب مالك رضى الله عنه قبولها وإعمالها فى سائر الأمور، مالا كان أو عقوبة. ثم قال بعد ذلك بكلام كثير: والشهادة على الشهادة لا تسمع إلا بموت الأصل أو مرضه أو غيبته بمكان لا يلزم الأداء منه، لأن النقل إنما أبيح مع الضرورة ولا يباح مع غيرها، إذ النقل عن الشهود مع حضورهم مشعر بريئة فيقع الشك فى صدقهم. وأيضا الظن الحاصل للقاضى من سماع شهادة الأصل أقوى من الظن الحاصل له من شهادة الفرع لا ينبغي أن يقتصر على الأضعف مع قدرته على الأقوى.

أقول وبهذا يظهر معنى قولهم أن فى الشهادة على الشهادة شبهة البدية.

ويشترط لقبول الشهادة على الشهادة شروط:-

الأول: تعذر حضور الأصل إلى مجلس القاضى لسبب موت أو مرض أو سفر مدة ثلاثة أيام بلياليها، صرح بذلك فى الخانية. واكتفى أبو يوسف بغيبته بحيث يتعذر أن يبيت عند أهله، واستحسن هذا القول غير واحد من المشايخ، وأخذ به كثير منهم ومن الأعذار أن يكون شاهد الأصل امرأة مخدرة، واختلف فى المحبوس وانظر التفصيل فى التكملة. وفيها عن الهندية، أن الأصل إذا كان معتكفا لا يجوز تحميله الشهادة لغيره.

وعن محمد فى النوادر أنه تجوز الشهادة على الشهادة وإن كان الأصل صحيحا فى المصر (تكملة) ولا شك أن هذا القول بعيد جدا عن الحكمة التى من أجلها جازت الشهادة على الشهادة. وفيه من التساهل غير المقبول ما لا يخفى، وانظر ما

قدمناه عن التبصرة. وأبعد منه وأغرب ما قيل من أن القاضى إذا كان يقضى بالمسجد وكان شهود الأصل فى ناحية أخرى منه فإنه مع هذا يقبل شهادة الفروع. وقال فى المذهب: ولا يجوز الحكم بالشهادة على الشهادة إلا عند تعذر حضور شهود الأصل بالموت أو المرض أو الغيبة لأن شهادة الأصل أقوى لأنها تثبت نفس الحق، والشهادة على الشهادة لا تثبت نفس الحق فلا تقبل مع القدرة على شهود الأصل. والغيبة التى يجوز بها الحكم بالشهادة على الشهادة أن يكون شاهد الأصل من موضع الحكم على مسافة إذا حضر لم يقدر أن يرجع بالليل إلى منزله. فإنه تلحقه المشقة فى ذلك. وأما إذا كان فى موضع إذا حضر أمكنة أن يرجع إلى بيته بالليل لم يجز الحكم بشهادة شهود الفرع لأنه يقدر على شهادة شهود الأصل من غير مشقة أهـ.

الثانى: أن يشهد كل من الأصلين على شهادته رجلين أو رجلا وامرأتين وإذا شهد رجلان على شهادة أحد الأصلين جاز لهما أن يشهدا على شهادة الآخر لأن الشاهد يجوز له أن يتحمل الشهادة على حوادث كثيرة وإنما اشترط هذا الشرط لأن الشهادة غير موجبة للحكم بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل (أنظر الفتح والعناية).

قال فى المذهب: ولا يصح تحمل الشهادة على الشهادة إلا من ثلاثة أوجه: أحدها أن يسمع رجلا يقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا مضافا إلى سبب يوجب المال من ثمن مبيع أو مهر، لأنه لا يحتمل مع ذكر السبب إلا الوجوب والثانى: أن يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق لأنه لا يشهد عند الحاكم إلا بما يلزم الحكم به والثالث أن يسترعيه رجل بأن يقول أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهدوا على شهادتى بذلك لأنه لا يسترعيه إلا على واجب لأن الاسترعاء وثيقة والوثيقة لا تكون إلا على واجب. وأما إذا سمع رجلا فى دكانه أو فى طريقه يقول: أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم ولم يقل فاشهدوا على شهادتى لم يشهد به لأنه يحتمل أنه أراد أن له عليه ألفا من وعد وعده بها، ولم يجز تحمل الشهادة عليه مع الاحتمال. أهـ.

وفى مذهب مالك الاتفاق على الوجه الثالث والاختلاف فيما عداه (أنظر

التبصرة).

الثالث: ألا ينكر تحميل الشهادة للفرع، فإن أنكرها أو قال أشهدت غيرهما فلا تقبل شهادة الفروع للتعارض.

الرابع: ألا يخرج الأصول عن أهلية الشهادة بفسق أو عمی أو جنون أو ردة أو غير ذلك أما إذا ماتوا أو غابوا فشهادة الفروع مقبولة. ووجهه يفهم مما تقدم فی موضعه.

الخامس: ألا يحضر الأصل قبل القضاء، فلو حضر لا يقضى بشهادة الفروع بل يجب أن يرجع إلى نفس الأصل. ولو أن أحد الأصلين شهد بنفسه، وشهد اثنان على شهادة الأصل الآخر جاز ذلك (انظر فتح القدير).

وكيفية التحميل أن يقول الأصل مخاطبا الفرع: أشهد على شهادتي أن أشهد بكذا، ويكفي سكوت الفرع في القبول، ولو رد الشهادة ارتدت حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل. وكيفية أداء الفرع للشهادة أن يقول: أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته بكذا، وقال لي أشهد على شهادتي بذلك. وهذه أوجز عبارة (وانظر الدر والتكملة).

التعديل: يكفي تعديل الفرع لأصله إن كان الفروع معروفين بالعدالة عند القاضي. وهذا هو ظاهر الرواية، وهو الصحيح، لأن الفرع في هذه الحالة من أهل التزكية، ولأنه ناقل عبارة الأصل إلى مجلس القاضي، وبالنقل ينتهي حكم النيابة فيصير أجنيا

فيصح تعديله إذا عرفه القاضي بالعدالة، وعن محمد أنه لا يصح تزكية الفروع للأصول ولو كان الفروع معروفين بالعدالة عند القاضي لما في ذلك من التهمة وهو تصحيح شهادتهم التي تحملوها عنهم. وإن كان الفروع غير معروفين بالعدالة، فالفتى به أنه يلزم القاضي أن يعدل الكل أي الأصول والفروع لأن المأخوذ على الفروع النقل دون التعديل، لأنه قد يخفى عليهم، فيتعرف القاضي العدالة كما إذا شهدوا بأنفسهم، وقال في التكملة نقلا عن الخانية: أن القاضي إذا عرف الأصول والفروع بالعدالة قضى بشهادتهم، وإن عرف أحدهما دون الآخر سأل عما لا يعرفه. وإذا شهد الفرع على شهادة أصل فردت شهادته لفسق الأصل لا تقبل شهادة

أحدهما بعد ذلك أهـ. أى إلا إذا حصلت التوبة ومضت بعدها مدة ستة أشهر على المفتى به كما تقدم.

(تنبيه) اختلفوا فى تعديل أحد الشاهدين صاحبه. نقل فى الظهيرية. شاهدان شهدا لرجل والقاضى يعرف أحدهما بالعدالة. ولا يعرف الاخر فعدله الذى عرفه القاضى بالعدالة قيل لا يقبل القاضى تعديله، وقيل يقبل. وقال فى الدر المختار. تعديل أحد الشاهدين صاحبه هو الأصح. قال فى التكملة. إنه اختير صاحب الهداية. وعلى هذا لو عدل أحد الفرعين الآخر، وكان المعدل معروفا بالعدالة عند القاضى صح ذلك على الأصح (أنظر الدر وتكملة رد المحتار)، ولا تنس ما تقدم من أن التزكية نسخت من قانون المحاكم الشرعية واستبدلت بها اليمين.

وأما جرح الشهود أى الطعن فيهم بما يرد شهادتهم أو يسقطها فهو لا يزال باقيا ولا وجه لإلغائه كما ألغيت التزكية (٣).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- للشهادة على الشهادة فى فقه الشريعة الإسلامية ضوابط وشروط منها أن يشهد على شهادة كل أصل رجلان أو رجل وامرأتان، ولو كان أحد شهود الأصل امرأة فلو شهد على شهادة كل أصل شاهد واحد أو رجل وامرأة أو امرأتان لم تقبل هذه الشهادة لأن الفروع إنما تشهد أمام القاضى على شهادة الأصول وتعتبر شهادة كل أصل حق يراد إثباته أمام القاضى ولا يثبت الحق أمامه بدون نصاب كامل. (٤)

(٣) الشهادة على الشهادة لا تزال مقبولة شرعا ونظاما أمام المحاكم عملا بالمادة (٣) من القانون رقم ١

السنة ٢٠٠٠

(٤) الطعن رقم ٣٥ سنة ٣٤ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٥/١١/١٩٦٧

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٦٩ قاعدة ١٨٧٣.

، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص ١٦٨٨

الفصل الحادى عشر

الرجوع عن الشهادة

مقدمة

معنى الرجوع عن الشهادة أن ينفى الشاهد ما أثبتته بشهادته أولا كأن يقول: كنت مبطلا فيما شهدت به، أو شهدت بزور، أو كذبت فيما شهدت به، أو يقول رجعت عن شهادتى ونحو ذلك.

أما إذا أنكر الشهادة فقال لم أشهد فلا يكون هذا رجوعا (اتفاقا). أنظر التكملة. ويشترط لصحة الرجوع أن يكون بمجلس القضاء سواء أكان عند القاضى الذى سمع الشهادة أو عند قاض آخر غيره، وذلك لأن الرجوع عن الشهادة فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضى أى قاض كان. وإذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضى فلو ادعى المشهود عليه رجوع الشاهدين وأراد يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بيته عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلا (هداية) (١).

ويشترط أيضا لصحة الرجوع القضاء به أو القضاء بالضمان على الشهود (تكملة، وانظر تمام البحث فيها).

والرجوع عن شهادة الزور أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لأن فيه خلاصا من عقاب الكبيرة (عناية. وانظر ما سيأتى) ويترتب على الرجوع عن الشهادة أمران (الأول) يرجع إلى تأديب الشاهد (الثانى) يرجع إلى ضمانه. وهاك جملة القول فيهما.

(١) انظر الفتح ففيه بحث وجيه يتضمن إبطال الملازمة بين الشهادة والرجوع عنها حتى يشترط فيه ما يشترط

فيها من الكون فى مجلس القضاء.

الفرع الأول

ما يرجع إلى تأديب الشاهد وعقوبة شاهد الزور

الذي يرجع إلى تأديب الشاهد أمران:

تعزيز في غير الشهادة على الزنا .

وحده حد القذف في الشهادة على الزنا.

المبحث الأول

تعزير الشاهد إذا رجع عن الشهادة أو ثبت كونه شهادته زورا.

الزور هو الكذب والباطل مأخوذ من زور يزور بمعنى مال وانحرف وذلك لأن فيه ميلا وانحرافا عن الصدق والحق. فمن ظهر أنه شهد بزور بأن أقر على نفسه أنه كذب في شهادته عزز. ويكون تعزيره بالتشهير على قول الإمام، وهو المفتى به سواء أكان رجوعه قبل القضاء أم بعده، وهذا هو المعول عليه. ولو قال الشاهد بعد أن أدى الشهادة غلطت أو ظننت ذلك، قيل هما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم فيعزر، وقيل لا تعزير لعدم تعمده الكذب. وهل تثبت شهادة الزور بغير إقرار الشاهد؟ نقل في الفتح عن شيخ الإسلام خواهر زادة أن من ذلك أن يشهدا بموت واحد فيجىء حيا أه. وقال خير الدين الرملي: التحقيق أنه يحكم به في كل ما يتيقن كذبه.

قال في المذهب: ويثبت أنه شاهد زور من ثلاثة أوجه: أحدها أن يقر أنه شاهد زور، والثاني أن تقوم البينة أنه شاهد زور، والثالث أن يشهد بما يقطع بكذبه، بأن شهد على رجل أنه قتل أو زنى في وقت معين في موضع معين، والمشهود عليه في ذلك الوقت كان في بلد آخر (أقول - في هذا دلالة صريحة على قبول شهادة النفي وتقديمها على شهادة الإثبات. قارن هذا بما جاء في الهداية من أن كونه شاهد زور لا يثبت بالبينة لأنه نفي الشهادة، والشهادة شرعت للإثبات وانظر ما قدمناه في ذلك أول الكتاب في الشهادة على النفي. وأما إذا شهد بشيء أخطأ فيه لم يكن شاهد زور لأنه لم يقصد الكذب. وإن شهد لرجل بشيء، وشهد به آخر أنه لغيره لم يكن شاهد زور لأنه ليس تكذيب أحدهما بأولى من تكذيب الآخر فلم يقدح ذلك في عدالته. أه وانظر المغنى في الكلام في شهادة الزور.

وتعزير شاهد الزور متفق عليه سواء اتصل القضاء بشهادته أم لا لأنه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بالناس وليس فيها حد مقدر فيعزر زجراله وتنكيلا. قال في التبيين: وجه كون شهادة الزور كبيرة قوله صلى الله عليه وسلم: أيها الناس عدلت شهادة الزور الإشراف بالله، ثم تلا قوله تعالى: «فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور».

وقال فى الفتح: روى البخارى أنه صلى الله عليه وسلم قال: «ألا أخبركم بأكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله، قال: الشرك بالله، وعقوق الوالدين، وكان متكئا فجلس ثم قال: ألا وقول الزور، وشهادة الزور، فما زال يكررها حتى قلنا لا يسكت» أهـ. وقال تعالى فى وصف عباده المؤمنين «والذين لا يشهدون الزور وإذا مروا باللغو مروا كراما».

وقال فى فتح القدير: قالوا يعزى الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده. ولا يخلو عن نظر، لأن الرجوع ظاهر فى أنه توبة عن تعمد الزور إن تعمده، أو التهور والعجلة إن كان أخطأ فيه، ولا تعزير على التوبة، ولا على ذنب ارتفع بها. أهـ. وأجاب عن ذلك فى البحر بأن رجوعه قبل القضاء قد يكون لقصد إتلاف الحق أو كون المشهود عليه غره بمال، لا لما ذكره. أهـ. وكأن هذا الجواب لم يعجب علاء الدين صاحب التكملة فقال: ويظهر لى أن الجواب الحسن فى ذلك أن للحاكم تعزير الجانى ولو بعد انقضاء الجنائية، بخلاف غيره من بقية المسلمين فليس لهم ذلك إلا حين التلبس بالجنائية أهـ.

وقد اختلفت الرواية فى تعزير شاهد الزور. والمشهور عن أبى حنيفة رحمه الله أن يكتفى بتشهيره واقتصر على ذلك فى الهداية وزاد أصحابه على التشهير بالضرب والحبس. وكيفية التشهير كما كان يفعل شريح رحمه الله: هو أن يبعث شاهد الزور إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن لم يكن سوقيا فى المكان والوقت اللذين يكثر فيهما اجتماع الناس ثم يقول الرسول مخاطبا القوم. إن شريحا يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه أهـ. وقد أقره الصحابة على ذلك ولم يعترضوا عليه، قال فى الفتح. وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية أهـ. واحتج الصحابان بأن عمر رضى الله عنه ضرب شاهد الزور (وانظر العناية والفتح).

وقال فى المذهب أيضا: إذا ثبت أنه شاهد زور رأى الإمام تعزيره بالضرب أو الحبس أو الزجر فعل. وإن رأى أن يشهر أمره فى سوقه ومصلاه وقبلته وينادى عليه أنه شاهد زور فاعرفوه فعل، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: اذكروا الفاسق بما فيه ليحذر الناس، ولأن فى ذلك زجرا له ولغيره عن فعل مثله. وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه قال: إن كان من أهل الصيانة لم يناد عليه لقوله عليه

السلام «أقبلوا ذوى الهيآت عثراتهم» وهذا غير صحيح لأنه بشهادة الزور يخرج عن أن يكون من أهل الصيانة. أهـ

أقول إذا ثبت كونه شاهد زور بإقراره بأنه تعمد الكذب وشهادة الزور فالوجه ما قاله صاحب المذهب لأنه هو الذى أسقط صيانتَه بنفسه، أما إذا ثبت بغير ذلك فلا دليل يقطع به على تعمده شهادة الزور فيكون لما قاله ابن أبى هريرة وجه. وفي المذهب أيضا: من ردت شهادته بمعصية فتأب قبلت شهادته. وتوبة شاهد الزور أن يقول: كذبت فيما قلت ولا أعود إلى مثله. ويشترط فى صحة توبته إصلاح العمل. أهـ

وقال فى حلى المعاصم: شاهد الزور لا تقبل له شهادة أبدا وإن تاب، وقيل تقبل إذا تاب وحسنت حاله وزاد فى الخير، وبالأول العمل.

واختلف فى عقوبته إذا جاء تائبا والأظهر ألا يعاقب ولا تجوز شهادته أهـ.

وقال فى البهجة ما خلاصته: إذا رجع الشاهد عن شهادته قبل الحكم بها سقطت شهادته وصارت كالعدم، ثم إذا كانت الشهادة على الزنا فإنه يحذر رجوعه حد القذف، وإن كانت على غير الزنا فقليل يؤدب وقيل لا يؤدب مخافة ألا يرجع أحد وبه العمل. فإذا رجع عند غيره من العدول أو عند غير قاضيه فقولان: القبول، وعدمه. وتماه فيه.

وقيل إن المسألة على ثلاثة أوجه إن رجع على سبيل الإصرار مثل أن يقول. نعم شهدت فى هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزر بالضرب أو الحبس بالاتفاق. وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف السابق (انظر فتح القدير والعناية).

وقال فى العناية. إذا تاب شاهد الزور هل تقبل شهادته بعد ذلك أولا؟ إن كان فاسقا تقبل لأن الحامل له على الزور فسقه، وقد زال بالتوبة. ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة أشهر وعند آخرين سنة، قالوا: والصحيح أنه مفوض إلى رأى القاضى، وإن كان مستورا لا تقبل أصلا، وكذلك إن كان عدلا، على رواية بشر عن أبى يوسف، لأن الحامل له على ذلك غير معلوم، فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى أبو جعفر أنها تقبل، قالوا وعليه الفتوى أهـ.

فصل القانون عقوبة شاهد الزور فى الأحوال المختلفة وكذا من أكره غيره على

المبحث الثانى

عقوبة الشاهد إذا رجع عن شهادته بالزنا

قال فى البدائع: الرجوع عن الشهادة بالزنا إما أن يكون من جميع الشهود وإما أن يكون من بعضهم دون بعض. فإن رجعوا جميعا يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء. أما قبل القضاء فلأن كلامهم قبل القضاء انعقد قذفا لا شهادة. إلا أنه لا يقام الحد عليهم للحال لاحتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء فإذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقى قذفا فيوجب الحد بالنص.

وأما بعد القضاء فلأن كلامهم وإن صار شهادة باتصال القضاء به فقد انقلب قذفا بالرجوع فصاروا بالرجوع قذفه فيحدون. ولو رجعوا بعد القضاء والإمضاء فلا خلاف فى أنهم يحدون إذا كان الحد جلدا وإن كان رجما فكذلك عند أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر رحمه الله: لا حد عليهم. وجه قوله أنهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن كلامهم وقع قذفا من حين وجوده فصار كما لو قذفوا صريحا ثم مات المقدوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف بين أصحابنا فيسقط (٢).

وجه قول الأصحاب أنه بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفا من حين وجوده، وإنما يصير قذفا وقت الرجوع والمقدوف وقت الرجوع ميت فصار قذفا بعد الموت فيجب الحد (٣).

أما إذا رجع بعضهم فإن كان قبل القضاء فإنهم يحدون جميعا عند أصحابنا الثلاثة

(٢) إذا مات المقدوف سقط حد القذف، ولو كان موته بعد إقامة بعض الحد بطل فى الباقي، وذلك لأنه لا يورث عند أبى حنيفة وأصحابه خلافا للشافعى (انظر التبيين والهداية وشروحها وانظر المهذب وما جاء فى كتابنا (أحكام المرأة) فى باب الأجزية فهو واف جدا).

(٣) قذف الإنسان بعد موته موجب لإقامة الحد على القاذف، والذى يطلبه فى هذه الحالة أحد أصول المقدوف أو فروعه لأن العار يلحق بهم بسبب كونه جزءا منهم أو هم جزء منه (انظر التبيين والبدائع والهداية وكتابنا أحكام المرأة).

وعند زفر يحد الراجع فقط وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لا قذفا لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الأربعة وإنما ينقلب قذفا الرجوع، ولم يوجد إلا من بعضهم، فينقلب كلام الراجع خاصة قذفا ووجه قول الأصحاب: أن كلامهم لا يصير شهادة إلا بقرينة القضاء، إذ الشهادة لا تصير حجة إلا به، فقبله يكون قذفا لا شهادة فكان ينبغي أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمي منهم، إلا أنه لا يقام لاحتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء، ولئلا يؤدي إلى سد باب الشهادة فإذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقى كلامهم قذفا فيحدون، وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فإنهم يحدون لوقوع كلامهم قذفا فكذا هذا (٤).

وإن كان بعد القضاء وقبل الإمضاء فإنهم يحدون جميعا عند الشيخين وعند محمد يحد الراجع خاصة. وجه قوله، إن كلامهم وقع شهادة لاتصال القضاء به فلا ينقلب قذفا إلا بالرجوع. ولم يرجع إلا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفا، فلم يصح رجوعه في حق الباقي فبقى كلامهم شهادة فلا يحدون. ووجه قولهما: إن الإمضاء في باب الحدود من القضاء، فكان رجوعه قبل الإمضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء، ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعا بلا خلاف بين أصحابنا الثلاثة، فكذا إذا رجع بعد القضاء وقبل الإمضاء.

وإن كان بعد الإمضاء فإن كان الحد جلدا يحد الراجع خاصة بالإجماع لأن رجوعه صحيح في حقه خاصة لا في حق الباقي، فانقلبت شهادته خاصة قذفا، فيحد خاصة. وإن كان الحد رجما ومات المقتول يحد الراجع عند أصحابنا خلافا لزفر. والوجه ما تقدم فيما لو رجعوا جميعا. أه المراد منه بشيء يسير من الإيضاح.

(٤) قارن هذا بما جاء في المذهب، قال: إن شهد أربعة بالزنا ورجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف لأنه اعترف بالقذف، ومن أصحابنا من قال: في حده قولان لأنه أضاف الزنا إليه بلفظ الشهادة، وليس بشيء. وأما الثلاثة فالمتنصوص أنه لا حد عليهم قولاً واحداً لأنه ليس من جهتهم تفريط، لأنهم شهدوا والعدد تام، ورجوع من رجع لا يمكنهم الاحتراز منه، ومن أصحابنا من قال: في حدهم قولان، وهو ضعيف أهد.

الفرع الثانى

تأثير رجوع الشاهد عن الشهادة فى القضاء وضمنانه البدنى والمالى

وهاك جملة القول فى هذه المسائل الثلاث

المبحث الأول

فى تأثير رجوع الشاهد فى القضاء

رجوع الشاهد عن الشهادة إما أن يكون قبل القضاء، أو بعد القضاء وقبل الإمضاء (التنفيذ)، أو بعد القضاء وبعد الإمضاء.

(أ) الرجوع قبل القضاء (١): إذا رجع الشهود عن الشهادة قبل القضاء بها سقطت الشهادة عن إثبات الحق بها، لأن الحق إنما يثبت بقضاء القاضى ولا قضاء هنا لأن القاضى لا يقضى بكلام متناقض. كذا فى العناية وغيرها، وهو قول الجمهور، وهو المعقول. وحكى فى المذهب عن أبى ثور أنه قال: يحكم القاضى بشهادتهم، قال فى المذهب: وهذا خطأ لأنه يحتمل أن يكونوا صادقين فى الشهادة كاذبين فى الرجوع، ويجوز أن يكونوا صادقين فى الرجوع كاذبين فى الشهادة ولا يحكم مع الشك أھـ.

(ب) الرجوع بعد القضاء وقبل الإمضاء: يجب أن يفرق هنا بين ما يكون الإمضاء فيه من تمام القضاء وهو الحدود والقصاص وما لا يكون كذلك وهو القضاء بما سوى ذلك من الأموال وسائر الحقوق الأخرى.

فإن كان الأول فإنه يمتنع إنفاذ القصاص وإقامة الحد وذلك لأن فى رجوع الشهود عن شهادتهم شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، وكذا القصاص صونا للدماء ولأن الإمضاء فيهما من تمام القضاء. فكان الرجوع فى الحقيقة

(١) مادة ٩١ إثبات «ثبتت إجابات الشهود فى المحضر ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم

تصحيحه منها...».

تقابل المادة ٧٣ من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية.

قبل تمام القضاء ، وهذا هو مذهب أصحابنا . ومذهب الشافعى مثله .
قال فى المذهب : ان رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فأن كان فى حد أو قصاص
لم يجرز الاستيفاء ، لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة والرجوع شبهة طاهرة فلم يجرز
الاستيفاء بالشبهة فى كل من الحد والقصاص .

وأما عند مالك ففى كتب أصحابه ، خلاف واضطراب فى ذلك : فقيل ينفذ القضاء
فى كل من القصاص والحدود ولو رجع الشهود بعد القضاء وقبل الاستيفاء ، ولكن
المستحسن عندهم عدم الانفاذ لحرمه الدم وخطره (وانظر البهجة ومنح الجليل) وقد
لخص هذه المسألة فى حلى المعاصم تلخيصا حسنا فراجعه أيضاً .

وإن كان الثانى فالقضاء نافذ ، ولا يؤثر فيه ذلك الرجوع ، وذلك لأن كلامهم
الثانى المتضمن رجوعهم عن الشهادة يناقض كلامهم الأول الذى إنبنى عليه القضاء ،
والكلام المتناقض ساقط العبرة عقلاً وشرعاً ، فلا ينقض به حكم الحاكم لثلا يودى
إلى التسلسل فى الحكم وفسخه ، وذلك خارج عن موضوعات الشرع ، ولأن الكلام
الآخر فى الدلالة على الصدق كالأول ، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به ، فلا
ينتقض به (كذلك فى العناية) ، ولأن الشاهد فى الرجوع عن شهادته متهم فى حق
المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب
المدعى فى دعواه ، فلم يصدق فى الرجوع فى حق المشهود له للتهمة ، إذ التهمة كما
تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلا ينقض القضاء . كذا فى البدائع
وتمامه فيه .

فإن قيل : لم منعتم الإستيفاء إذا فى الحد والقصاص ؟ أقول : لوجوب الشبهة
الدارئة للحد والقصاص كما تقدم . وأما هنا فلا تأثير للشبهة ، وهذا هو الفرق .

وقال فى فتح القدير : وكان أبوحنيفة رحمه الله أولاً يقول ينظر إلى حال
الشهود إن كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الأداء فى العدالة صح
رجوعهم فى حق أنفسهم وفى حق غيرهم ، فيعزرون وينقض القضاء ، ولا يجب
الضمان على الشاهد ، وهذا قول أستاذة حماد بن سليمان ، ثم رجع إلى أنه لا يصح

رجوعه في حق غيره على كل حال،، فلا ينقض القضاء، ولا يرد المال على المقضى عليه. أهـ. وقال ابن جزى في قوانينه : إن رجوع الشهود بعد الحكم لم ينقض الحكم عند الجمهور خلافا للأوزاعى وسعيد بن المسيب أهـ. ومثله في شمس الهداية، وكأنه نقله عنه، وأنظر المغنى.

وأقول : أنه يؤخذ من هذا أن المسألة غير متفق عليها عند السلف لما أورثه الرجوع من الشبهة في الشهادة في نظر فريق من العلماء ولعدم الاكتراث بذلك في نظر الجمهور للملاحظات المذكورة آنفا.

ثم قارن بين هذا القول الأخير وما نقله في المذهب عن أبى ثور. واستعرض كل الآراء الخلافية في هذه المسألة وغيرها يظهر لك إلى أى مدى كانت حرية الرأى وسعة دائرة التفكير فى استنباط الأحكام الشرعية الاجتهادية التى كانت تصحبها بالضرورة حياة علمية نامية مترعة. وإن من سار على الدرب وصل.

(ح) الرجوع بعد القضاء وبعد الإمضاء : إذا كان الإمضاء بفعل محسوس لا سبيل إلى رده كالقتل فى القصاص فقد قضى الأمر، ولم يبق إلا الضمان، وإن كان ممكن التدارك كرد المال المقضى به إذا كان رجوع الشهود بعد أن استوفاه المقضى له فمذهب الجمهور أن القضاء ماض لا ينقضى ولم يبق إلا الضمان والظاهر من قول أبى حنيفة أولاً والأوزاعى. وسعيد رحمهم الله أن القضاء ينقض لأن نص النقل عنهم مطلق ونقض القضاء هو مذهب الإمام أحمد كما نص على ذلك فى المغنى.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- عدول الشاهد فى أقواله أو تصحيح شهادته . جائز . مادام لم يبرح مجلس القضاء. (١)

- من المقرر أنه يجوز للشاهد أن يرجع فى أقواله ويصحح شهادته مادام فى مجلس القضاء ولم يبرحه، أخذاً بأن الرجوع عن الشهادة فسخ لها فيختص بما تختص به الشهادة فى المجلس. (٢)

(١) الطعن رقم ٢٤ سنة ٤٩ ق احوال شخصية جلسة ٣٠/١٢/١٩٨٠

(٢) الطعن رقم ٣ سنة ٤٣ ق - احوال شخصية - جلسة ١٠/٣/٧٦.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٧٥ قاعدة ١٨٩١،

الطعن رقم ٤٣ سنة ٤٨ ق احوال شخصية جلسة ٢٠/١/١٩٨١

- المقرر فى فقه الحنيفة أن تدارك الشاهد ما قد يقع فى شهادته من خطأ قبل أن يبرح مجلس القضاء جائز وتقبل به الشهادة. (٣)

- إشرط فقهاء الحنيفة لقبول الشهادة - فى النسب وفى غيره - شروطاً منها أن يكون الشاهد عدلاً وأن يتدارك ما وقع فى شهادته من خطأ قبل أن يبرح مجلس القاضى فإن هو غادر المجلس ثم عاد إليه وقال : «أوهمت بعض شهادتى» أى أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة باطلة لا تقبل شهادته لتمكن تهمة استغوائه من المدعى أو المدعى عليه. (٤)

لا يصح تكذيب الشاهد فى إحدى روايته اعتماداً على رواية أخرى دون قيام دليل يؤيد ذلك. (٥)

-
- (٣) الطعن رقم ٤٣ سنة ٤٨ ق - احوال شخصية - جلسة ٨١ / ١ / ٢٠
- ، الطعن رقم ٣٤ سنة ٣٩ ق - احوال شخصية جلسة ١٧ / ٤ / ٧٤. مجموعة المكتب الفنى سنة ٢٥ ص ٦٨٩.
- (٤) الطعن رقم ٣٥ سنة ٣٤ ق - احوال شخصية - جلسة ١٥ / ١١ / ٦٧.
- ، الطعن رقم ٢٨ سنة ٤٨ ق - احوال شخصية - جلسة ١٣ / ٢ / ٨٠.
- مجموعة التواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٧٤ قاعدة ١٨٨٩، ص ٦٧٥ قاعدة ١٨٩٢.
- (٥) الطعن رقم ١٦٤٢ سنة ٣٤ ق جنائى جلسة ٤ / ١ / ١٩٦٥ مجموعة القواعد القانونية الجزء ٤ ص ٧٣٨.
- ، الطعن رقم ١٩٥٤ سنة ٤٥ ق جنائى جلسة ٢٢ / ٣ / ٧٦. مجموعة المكتب الفنى سنة ٢٧ ص ٣٤٠.

المبحث الثاني

فى الضمان البدنى وما يقوم مقامه

الضمان عند أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله كله ضمان مالى فى جميع المواضع حتى لو كان الرجوع بعد إستيفاء القصاص ولو كان الشهود قد صرحوا عند رجوعهم أنهم شهدوا زورا أو جاء المشهود بقتله حيا. وأما عند غيرهم فقد يكون الجزاء بدنيا بالقصاص منهم على ما سأسمعك. (١)

قال فى الهداية وشروحها والتبيين ما ملخصه : لو شهدا بقصاص ثم رجعا بعد أن اقتص من المشهود عليه ضمنا الدية ولا يقتص منهما وذلك لأن القتل لم يوجد منهما مباشرة (وهو ظاهر) ولا تسببا يوجب القصاص لأنه بعد القضاء يجوز أن يعفو الولي والعفو مندوب إليه شرعا وقد يقف الناس فى الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضها، ومن الناس من يغلب عليه طلب التشفى، ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى أنه جمع بين ما هو الأحب للشارع وهو العفو وحصول مال ينتفع به فيكون جامعا بين دنيا وأخرى، كما أن من الناس من يأبى عليه شمه وأنفته أن يأخذ من المعفو عنه شيئا بل قد يأنف بعضهم من أن يقتص من القاتل إحتقارا له وازدراء به كما صنع مصعب بن الزبير حينما تمكن من ابن جرموز. وعلى ذلك لا تكون شهادة الشهود بما يوجب القصاص مفضية إلى القصاص حتما، ولأن الفعل الاختيارى الصادر من الولي الحاصل بعد الشهادة والقضاء يقطع نسبة الفعل إلى المتسبب وهو الشاهد (راجع هذا المبحث فى الأصول) ثم لا أقل من الشبهة لأن الشهود لم يقم دليل قاطع على أنهم تعمدوا إزهاق روح المشهود عليه ولا على أنهم صادقون فى رجوعهم. والشبهة دائرة للقصاص. فإن قيل : ولم تلزم الدية مع قيام هذه الشبهة ؟ أجيب بأن المال يثبت مع الشبهات بخلاف القصاص أهـ.

(١) انما عبرت عن عقوبة الشاهد البدنية بالقصاص منه عند من يرى ذلك بلفظ الضمان لسببين : (الأول) للمشكلة مع الضمان المالى الذى هو الضمان الحقيقى لأنه يعوض على المحكوم عليه أو وليه ما أخذ منه أو مثله فى تقدير الشرع (الثانى) لبيان انه غير تلك العقوبة التعزيرية وحد القذف. وقد عبر عنه فى كتب المذهب بما يرجع إلى نفس الشاهد بسبب ما أئلفه بشهادته.

وكالرجوع إلى الشهادة بالقصاص في القتل الرجوع عنها فيما دون القتل (أنظر البدائع).

وقال في حلى المعاصم : إذا كان الرجوع بعد الحكم والإستيفاء في الشهادة بالقتل وجبت الدية إن لم يثبت تعمد الشهادة باطلا وهذا عند ابن القاسم وأشهب. وقال ابن الماجشون لا يغرم أن شيئا، فإن ثبت عندهما فالدية عند ابن القاسم أيضا والقصاص عند أشهب، ويعاقبان في العمد إذا لم يكن قصاص أهـ. ملخصا ومثله في البهجة مفصلا مع ذكر ما في المسألة من الخلاف.

وقال في المذهب : وإن شهدوا بما يوجب القتل ثم رجعوا نظرت فإن قالوا تعمدنا ليقتل بشهادتنا وجب عليهم القود لما روى الشعبي أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه ثم أتياه برجل آخر فقالا أنا أخطأنا بالأول وهذا السارق فأبطل شهادتهما على الآخر وضمنهما دية يد الأول وقال : لو أعلم أنكما تعمدتا لقطعتكما. ولأنهما ألباه إلى قتله بغير حق فلزمهما القود كما لو أكرهاه على قتله. وإن قالوا تعمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة لما فيه من العمد مؤجلة لما فيه من الخطأ. فإن قالوا أخطأنا وجبت دية مخففة (٢) لأنه خطأ ولا تحمله العاقلة لأنها وجبت باعترافهم أهـ. وتامه فيه. وقال في فتح القدير : أن مذهب أحمد هو ضمان الدية في مالهما إذا قالا أخطأنا والقصاص منهما إذا قالا تعمدنا وهذا كقول أشهب.

هذه آراء علماء الشريعة في هذه المسألة فقارنها بما تقدم.

(٢) الدية المغلظة هي مائة من الإبل : ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه. والدية المخففة مائة أيضا : عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة (انظر المذهب في باب الديات). والدية المغلظة عند أبي حنيفة وأصحابه مائة من الإبل أربعا من بنت مخاض إلى جذعة من كل جنس خمس وعشرون.

والخطأ مائة من الإبل أخماسا ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة من كل عشرون. وقد يؤدي بدل الإبل إما ألف دينار أو عشرة آلاف درهم (انظر كتاب الديات في الكنز وشروحه وكذا في غيره من كتب المذهب)، وبنت المخاض من الإبل هي التي طعنت في السنة الثانية وابن المخاض مثلها وبنت اللبون هي التي طعنت في الثالثة وابن اللبون مثلها. والحقة هي التي طعنت في الرابعة. والجذعة هي التي طعنت في الخامسة. والتي طعنت في السادسة تسمى ثنية. والخلفة هي الحامل التي في بطنها ولدها.

وقال فى البدائع ما ملخصه : إذا رجع شهود الزنا كلهم قبل الإمضاء فلا ضمان عليهم أصلا لعدم الإتلاف أصلا وذلك لأن سبب وجوب الضمان فى باب الرجوع عن الشهادة هو اتلاف المال أو النفس بسبب الشهادة، وقبل إقامة الحد لا إتلاف فلا ضمان. وأما بعد الإمضاء فإن كان الحد رجما ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم اتلافا أو إقرار بالإتلاف. وإن كان الحد جلدا فليس عليهم أرش الجلادات إذا لم يمت منها ولا الدية إن مات منها، وهذا عند أبى حنيفة. وأما عندهما فإن الشهود يضمنون لأن شهادتهم وقعت إتلافا بطريق التسبب لأنها تقضى إلى القضاء، والقضاء يقضى إلى إقامة الجلادات، وهى تقضى إلى التلف، فكان التلف بهذه الوسائط مضافا إلى الشهادة فكانت إتلافا تسببا ولأبى حنيفة رحمه الله أن الأثر حصل مضافا إلى الضرب دون الشهادة لأن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح إذ الضرب الجارح غير مستحق فى الجلد، ولأن الضرب مباشرة الإتلاف والشهادة تسبب إليه، وإضافة الأثر إلى المباشر أولى من إضافته إلى التسبب إلا أنه ضمان على بيت المال لأن هذا ليس خطأ من القاضى. وإذا رجع بعضهم قبل الإمضاء فلا ضمان عليه لما تقدم وأما بعد الإمضاء فإن كان الحد جلدا فلا شىء على الراجع من أرش السياط ولا من الدية إن مات. وهذا عند أبى حنيفة وأما عندهما فيجب. وإن كان رجما غرم الراجع ربع الدية لأن الثلاثة يحفظون ثلاثة أرباع الدية فكان التالف بشهادته الربع هذا إذا كان شهود الزنا أربعة فإن كانوا خمسة فرجع واحد منهم فلا ضمان عليه لأن من بقى من الشهود نصاب كامل يصح أن يقام بشهادته الحد. وإن رجع اثنان من الخمسة ضمنا ربع الدين لأن الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادة الراجعين الربع فيضمنانه هذا إذا مات من أقيم عليه الحد فإن لم يمت فليس عليهما أرش للضرب عند أبى حنيفة أهـ.

والخلاف المتقدم فى الشهادة على القتل بعد الإمضاء جار مثله بين أئمة المذاهب الأربعة فى الرجوع عن الشهادة على الزنا بعد الرجم : وفى هذا المقام تفصيلات كثيرة وخلافات ومناقشات بين الفقهاء يطول إيرادها وأظن أنه لا حاجة إليها هنا فراجعها إن شئت فى الهداية وشروحها والبدائع والتبيين والمهذب والبهجة وحواشى الرهونى وكشاف القناع وغيرها من مطولات كتب المذاهب الأربعة وغيرها.

المبحث الثالث

فى الضمان المالى

والكلام فيه فى ثلاثة مواضع :

الموضع الأول : سبب وجوب الضمان على الشهود :

وهو كما تقدم اتلاف النفس أو المال بالشهادة، ولذا كان الرجوع قبل الحكم مطلقاً، وقبل الإمضاء فى الحدود والقصاص غير موجب شيئاً على الشهود لعدم الإتلاف. فإذا رجع الشهود بعد القضاء بالمال فلا سبيل إلى نقض القضاء، كما تقدم ولا إلى الرجوع على المقضى له لأنه استحق ما قضى له به بحجة ظاهرة قائمة وقت القضاء فأصبح بذلك حقاً وملكاً له.

وكذا لا سبيل إلى تضمين القاضى - وإن كان مباشراً - لأنه ملجأ من جهة الشهود فإن القضاء واجب عليه بعد ظهور عدالة الشاهدين حتى لو امتنع بأثم ويستحق العزل ويعزر، ولو أوجبنا عليه الضمان لا تمتنع الناس عن تقلد القضاء. فلم يبق إلا تضمين صاحب السبب عند تعذر اضافة الحكم إلى المباشرة،، والتسبب على وجه التعدى يوجب الضمان على ما بين فى محلة فى علم الأصول. وإلى هذا القرار ذهب أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحمد وهو الصحيح من مذهب الشافعى نص على ذلك فى المذهب وحكاه فى فتح القدير عن الإمام الشافعى وأصحابه العراقيين.

وقول الشافعى الثانى فى هذه المسألة أنه لا يرجع على الشهود بشىء. وعلل هذا القول الثانى بأن العين لا تضمن إلا باليد أو بالاتلاف، ولم يوجد من الشهود واحد منهما (أنظر المذهب).

ولا يخفى قوة تعليل القول المختار وهو الذى عليه الجمهور.

الموضع الثانى : شرائط وجوب الضمان. وهى أربع شرائط :

آن يكون الرجوع بعد القضاء،

وأن يكون فى مجلس القاضى .

وأن يكون التالف بالشهادة عينا لا منفعة ولا حقا .

وأن يكون الإتلاف بغير عوض .

فأما الشرطان الأول والثانى فقد تقدم الكلام فيهما، غير أننا نقول هنا : إنما يجب على الشاهدين أداء الضمان فى المال إذا كان المدعى قد قبض المال المدعى، دينا كان أو عينا (كما فى الهداية وغيرها) وذلك لأن إتلاف الشهود مال المشهود عليه لا يتحقق إلا بقبض المشهود له لذلك المال. قال فى العناية والفتح : إن هذا إختيار شمس الأئمة، وفرق شيخ الإسلام بين العين والدين فقال : إن كان المشهود به عينا فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع - وإن لم يقبضها المدعى . وإن كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لأن ضمان الشاهدين ضمان إتلاف. وضمان الإتلاف مقيد بالمثل - وإذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما أزالاه عن ملك المشهود عليه إذا إتصل بها القضاء، ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك، فبإزالة العين عن ملك الشاهدين بأخذ الضمان لا تنتفى المماثلة. وإذا كان دينا فبإزالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفى المماثلة إذ لا مماثلة بين أخذ العين والزام الدين. وأجيب عن ذلك بأن الملك وأن ثبت للمقضى له بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لأن المال فى يده ملكه، فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضى، وقال البزازى فى فتاواه : والذى عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المال أولا، وكذا العقار يضمن بعد الرجوع أن إتصل القضاء بالشهادة أهـ. ولصاحب التكملة بحث فى هذا الموضوع ينبغى مراجعته .

وبالجملة فالاحتياط قاض بأن يفتى بما فى الهداية وغيرها من المتون والشروح فلا يلزم الشهود بأداء الضمان إلا بعد نفاذ القضاء بتسليم المحكوم عليه العين أو الدين المقضى بهما للمقضى له - لا بما قاله فى التنوير تبعا لأصحاب الفتاوى.

وأما الشرط الثالث : فقد قال فى البدائع ما نصه : (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان لأن الأصل أن المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا (أنظر هذا المبحث فى كتاب الغصب) وعلى هذا يخرج ما

إذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة بألف درهم، ومهر مثلها ألفان، وهي تنكر فقضى القاضى بالنكاح بألف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئا، لأنهما أتلفا عليهما منفعة البضع، والمنفعة ليست بعين مال حقيقة، وإنما يعطى لها حكم الأموال بعارض عقد الأجرة. وكذا لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها على ألف، والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضى، ثم رجعا لم يضمنا للزوج شيئا، لأنهما بشهادتهما أتلفا على الزواج المنفعة لا عين المال. وعلى هذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجرة مثلها مائة درهم، والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضى ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيئا لأنهما بشهادتهما أتلفا المنفعة لا عين المال أهـ (١) ومن ذلك ما إذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر، لأنهما أكدا ضمنا على شرف السقوط لاحتمال أن تأتى الفرقة من جهتها فيستط كل المهر. وإذا شهدا بالعفو عن القصاص أو شهدا على اسقاط الشفعة أو على اسقاط الخيار، ثم رجعا فلا ضمان، لأن ما أتلفاه حق من الحقوق، ولا تتأتى المماثلة فى مثله حتى يقضى بالضمان.

الشرط الرابع : أن يكون إتلاف المال بغير عوض، فإن كان بعوض فلا يجب الضمان، سواء أكان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال، وذلك لأن الإتلاف بعوض يكون إتلافا صورة لا معنى، وعلى هذا يخرج ما إذا إدعى رجل على رجل أنه باع داره منه بألف درهم والمشتري ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضى ثم رجعا أنه ينظر : إن كانت قيمة الدار ألف أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشتري لأن شهادتهما وقعت إتلافا بعوض، فلا يكون إتلافا معنى فلا يوجب الضمان، وإن كانت قيمتها أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة إتلافا

(١) أقول الظاهر على مذهب من يقول بتقوم المنافع وأنها كالأعيان أنه لا فرق بين إتلاف العين وإتلاف المنفعة، إذ كلاهما فى الحقيقة مال والعدل فى نظر الشرع الصحيح والعقل السليم يقضى بهذا، ولا معنى لهذه التعسفات والتكلفات التى تلمسوها لعدم تقوم المنافع مما تأباه سماحة الشريعة المطهرة ووضوح محجتها وسلامة أصولها ومثانة بنائها. وقد اضطر علماء الحنفية إلى أن يفتوا بضمان المنافع وتقومها فى الوقف ومال البيتيم بناء على قاعدة - يفتى بما هو أنفع للوقف مما اختلف فيه العلماء، ومال البيتيم كالوقف فى وجوب الرعاية. راجع الشبين ثم حاشيته فى هذا الموضوع.

بقدر الزيادة. ولو كانت الدعوى من المشتري والمسألة بحالها : إن كانت قيمة الدار مثل الثمن المذكور أو أقل فلا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا، وإن كانت قيمتها أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع، لأن شهادتهما وقعت إتلافا بقدر الزيادة، وعلى هذا يخرج أيضا ما إذا إدعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم، والرجل ينكر، فشهد لها شاهدان بذلك، وقضى القاضى بالنكاح بألف، ثم رجعا - أنه ينظر : إن كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمنا للزوج شيئا وإن أتلفا عليها عين المال لأنهما أتلفاه بعوض له حكم عين المال وهو منافع البضع لأنها تعتبر مالا حال الدخول فى ملك الزوج بدليل أن الأب يملك أن يزوج من إبنته الصغيرة امرأة فلو لم يعتبر البضع مالا حال دخوله فى ملك الزوج لما ملك لأن الأب لا يملك على إبنته معاوضة مال بما ليس بمال فكان الاتلاف بعوض هو فى حكم عين المال فلا يكون إتلافا معنى. وإن كان مهر مثلها أقل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج، لأنهما أتلفا الزيادة عليه من غير عوض أصلا. وهذا بخلاف ماذا أدعى رجل على امرأة أنه طلقا بألف درهم، والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك. وقضى عليها القاضى بألف درهم ثم رجعا أنهما يضمنان للمرأة ألف درهم لأنهما أتلفا عليها عين المال بغير عوض أصلا، لأن البضع حال خروجه عن ملك الزوج لا يعتبر مالا بدليل أن الأب لا يملك أن يخلع من إبنته الصغيرة على مال، ولو فعل وأدى من مالها يضمن ولو كان مالا للملك، لأنه يملك عليها معاوضة مال بمال (أنظر البدائع والهداية وشروحها والتبيين، ثم أنظر التكملة فيها أمثلة لرجوع الشهود عن الشهادة فى جميع العقود والتصرفات. مما لا حاجة إلى إيراده هنا خشية التطويل).

ملاحظة : نقل فى التكملة عن لسان الحكام أن الشاهدين متى ذكرا شيئا هو لازم للقضاء ثم ظهر بخلافه ضمنا ومتى ذكرا شيئا لا يحتاج إليه القضاء ثم تبين بخلاف ما قالوا لا يضمنان شيئا. ثم أورد مثالا لذلك. وقد رأيت هذه المسألة أيضا فى واقعات المفتين نقلا عن جامع الفصولين فانظرها إن شئت فى أحد هذه الكتب الأربعة.

الموضع الثالث : مقدار الواجب فى الضمان :

وهو على قدر الاتلاف ويدخل تحت هذا رجوع بعض الشهود ورجوعهم كلهم.

والأصل فيه ان العبرة بمن بقى من الشهود لا بمن رجع.. قال فى الفتح وهذا لأن الشهادة إنما تثبت المال، والرجوع إنما يوجب الضمان، لأنه إتلاف للمال المشهود به، فإذا بقى بعد رجوع من رجع من يستقل بإثبات المال بقى المال ثابتا، فلم يتحقق بالرجوع إتلاف شىء، ومن المحال أن يضمن مع عدم إتلاف شىء. وأما ما أورد من أنه ينبغى إذا رجع واحد من الاثنين ألا يبقى شىء من المال لأن الواحد لا يثبت بشهادته شىء أصلا فيقتضى أن يضمن الواحد الراجع كل المال. فهو مصادم للإجماع على نفسه. وإنما كان الإجماع على نفسه لأن عدم ثبوت شىء بشهادة الواحد إنما هو فى الابتداء، ولا يلزم فى حال البقاء ما يلزم فى الابتداء. وحيث أن بعد ما ثبت ابتداء شىء بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما فى حال البقاء حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقى على شهادته ويكون متلفا برجوعه. إذا عرف هذا، فإذا رجع أحد الاثنين لزمه النصف لأنه أثلفه برجوعه.

أقول لا يخفى أن شهادة الشهود العدول علة لوجوب القضاء على القاضى، وقضاء القاضى علة مباشرة للزوم الحق على المدعى عليه والشهادة علة مركبة لا تعمل عملها ولا يترتب عليها حكمها ألا بتكامل أجزائها ثم يضاف الحكم إلى جملتها فليس كل جزء من أجزائها مؤثرا فى جزء مقابل له من الحكم بخصوصية وإلا لكانت جملة علل لكل منها أثر خاص فيما يقابله من المعلومات بل الجملة مؤثرة فى الجملة وتأثيرها على كل جزء من أجزاء المعلول، كما إذا غرقت سفينة بسبب أثقال موضوعة فيها فوق ما تتحمله فإن غرقها يضاف إلى جملة تلك الأثقال إذ هى بمجموعها علة للغرق، كذلك شهادة الشاهدين والأربعة بالنسبة للحكم، فكيف يقال أنه فى حالة البقاء أى بعد القضاء يوزع المحكوم به على الشهود فيكون كأن كل واحد منهم قد ثبت بشهادته جزء من المال فإذا شهدا بدين مائة مثلا يقال أن شهادة كل منهما أثبتت خمسين من الدين مع أن الواقع أن شهادتيهما تواردتا معا كل جزء من أجزاء الدين كيفما تنهى فى الصغر، وأنه لا فرق بين حالة الابتداء وحالة البقاء فى ذلك، إذ الحقائق لا تتغير. هذا ما كان يخطر ببالى دائما وأنا غير مرتاح إلى ما قالوا.

والله اعلم

وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجع ثان ضمن الراجعان نصف المال لأنه يبقاء أحدهم يبقى نصف الحق. وأن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمن ريع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقى وإن رجعتا ضممتا

نصف الحق إذ بشهادة الرجل بقى نصف الحق. وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق، وإن رجع الرجاء والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق، وعلى النسوة خمسة أسداسه، وهذا عند أبى حنيفة، وأما عندهما فعلى الرجل النصف، وعلى النسوة النصف، لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد، ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل اليهن. ولأبى حنيفة أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا. وإن رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق. ولو شهد رجلان وامرأة على مال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة، لأن المرأة الواحدة ليست بشاهد بل هى بعض الشاهد، فلا يضاف إليها الحكم. (أنظر الهداية والفتح والبدائع).

المبحث الرابع

تنمة

ختها مسألتان

المسألة الأولى : رجوع شهود الأصل وشهود الفرع.. إذا رجع شهود الفرع ضمنوا، لأن الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم، ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم، لأنهم أنكروا السبب وهو الاشهاد فلا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل للصدق والكذب. وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا على قول محمد لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصاروا كأنهم حضروا بأنفسهم وشهدوا ثم رجعوا. وقال الشيخان : لا ضمان على الأصول لأن القضاء وقع بشهادة الفروع، لأن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهى شهادة الفروع. وظاهر الهداية ترجيح قول محمد. ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عند الشيخين على الفروع لا غير لأن القضاء وقع بشهادتهم. وعند محمد : المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الفروع، وإن شاء ضمن الأصول،، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع على الوجه الذى بينه الشيخان. وبشهادة الأصول على الوجه الذى بينه محمد فيتخير بينهما، والجهتان مغايرتان فلا يجمع بينهما فى التضمنين، ووجه تغايرهما أن شهود الأصل يشهدون على أصل الحق، وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم (وانظر الفتح) وان قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا فى شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم، ولا يجب الضمان لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم، وانما شهدوا على غيرهم بالرجوع.

المسألة الثانية : رجوع المزكين : إذا رجع المزكون عن التزكية ضمنوا على قول أبى حنيفة لأن التزكية اعمال للشهادة، إذ القاضى لا يعمل بها إلا بالتزكية وقال الصحابان : لا يضمنون لأنهم أثنوا خيرا على الشهود، فالقضاء إنما وقع بالشهادة، والمعول عليه قول أبى حنيفة رضى الله عنهم أجمعين. انظر الهداية والعناية وفتح القدير.

الفرع الثالث

ملخص

الكلام فى شهادة الزور وفى رجوع الشهود عن الشهادة وهو مزيج من الأحكام القانونية والأحكام الشرعية.

أقول - ينقسم الكلام فى هذا الموضوع إلى أربعة أقسام :

١ - القسم الأول من ابتداء النظر فى الدعوى إلى أقفال باب المرافعة.

٢ - القسم الثانى بعد أقفال باب المرافعة إلى النطق بالحكم.

٣ - القسم الثالث بعد النطق وقبل التنفيذ.

٤ - القسم الرابع بعد التنفيذ .

القسم الأول :

(قانونا) لا يعاقب شاهد الزور فى قضية اذا عدل عن أقواله الكاذبة قبل انتهاء المرافعة. ولا تعتبر المرافعة أنها انتهت إلا بعد سماع دفاع المتهم فى الدعوى الأصلية ووكيله، أى بعد انتهاء الاجراءات التى يتلوها الحكم فى الدعوى. فقبل سماع الدفاع المذكور يجوز للشاهد المذكور العدول عن شهادته بقطع النظر عن السبب الذى عدل من أجله الشاهد عن شهادته الأولى، سواء أكان ذلك خشية العقاب أو رادعا وجدانيا أو ما شابه ذلك.

(شرعا) إن كانت الشهادة على الزنا ثم رجع فانه يحدد حد القذف وان كانت على غير الزنا وثبت تعمد الكذب كانت عقوبته التعزير على جريمته عند الجمهور وقيل إذا رجع تائبا لا يعزر وإن كان مخطئا غير متعمد بل بنى شهادته على ظن أو بناها على التسامح فقليل أنه يعزر أيضا جزاء تعجله وتهوره وقيل، وهو رأى الأكثرين من الفقهاء أنه لا يعزر لعدم تعمد الكذب فى الشهادة (١).

(١) أنظر المغنى والمهذب فى الكلام فى شهادة الزور . وانظر ما تقدم فى كتابنا هذا مما يتعلق بذلك وانظر

العناية فى آخر شهادة الزور وقبل الرجوع عن الشهادة .

هذا من حيث مايتعلق بعقوبة الشاهد، وأنت ترى هنا أن فقهاء الشريعة أشد على شاهد الزور من فقهاء القانون. وأما من جهة بناء القضاء على الشهادة فانه لايجوز لبطلان الشهادة اما بثبوت كونها شهادة زور واما برجوع الشهود عنها خلافا لما حكاه فى المذهب والمغنى عن أبى ثور محتجا بأن الشهادة قد اديت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم (أنظر الرد على هذا رأى فى المغنى) وكذا من حيث الضمان فلا ضمان لعدم اتلاف الشهود بشهادتهم شيئا على أحد.

القسم الثانى :

(قانونا) رجوع الشاهد عن شهادته بعد اتمام المرافعة أمام المحكمة لايمحو أثر الجريمة، ولالزوم لاثبات حصول الضرر بالفعل بل ان احتمال حصوله يكفى لتكوين جريمة شهادة الزور. وإذا طبق على هذا الشاهد احكام المادة (٢٩٤) عقوبات من القانون الحالى. وقد أدت شهادة أمام المحكمة الشرعية ثبت أنها شهادة زور فلم يحكم بمقتضاها. وقد رأت محكمة النقض أن هذه الشهادة كان من شأنها أن تؤدى إلى الطلاق بين الزوجين لو لم يظهر تزويرها ولذا استحق الشاهد العقاب. وقد تقدم أن الشهادة التى تؤدى أمام المحكمة الشرعية إذا كانت زوراً فإن الشاهد يعاقب ولو لم يكن حلف اليمين. بل قيل أن رأى الأصوب يقضى بأن اليمين ليست بشرط فى شهادة الزور، بل شروطها محصورة فى تغيير الحقيقة والقصد السيئ واحتمال الضرر. (انظر تعليقات عبدالهادى بك الجندى).

(شرعاً) فقهاء الشريعة يعتبرون كل ما قبل القضاء حالة واحدة فلا يقسمونها إلى قسمين، وإذا تكون الأحكام المذكورة فى القسم الأول ثابتة هنا أيضاً فلا داعى إلى التكرار.

القسم الثالث :

(أ) عقوبة شاهد الزور ثابتة شرعاً وقانوناً كما نقدم.

(ب) تأثير الشهادة فى الحكم. على قول سعيد بن المسيب والأوزاعى ينقض القضاء ويبطل ولو كان المحكوم له قد استوفى الحق لأن الحق ثبت بشهادة الشهود

فاذا رجعوا زال ماثبت به الحكم فنقض الحكم، وقد تقدم الجواب عن هذا فانظره وانظر المغنى. وعلى قول الجمهور ان كان الحكم بالعقوبة كالحدود والقصاص فانه لاينفذ بل يسقط، وأن كان المحكوم به مالا فلا يبطل الحكم بالرجوع لأن المال المحكوم به صار حقا للمحكوم له بسبب الحكم، وأنا أسقطنا الحكم بالعقوبة فيما سبق لأن الرجوع فيه شبهة كذب الشهادة التي بنى عليها القضاء، والحدود والقصاص تدرأ بالشبهات، وليست الأموال كذلك فلا يلغى الحكم بالشبهة. وقد نص في المغنى على أن الشهادة إذا ثبت بعد الحكم أنها شهادة زور بطريق غير الرجوع عنها فان الحكم يكون باطلاً ويلزم نقضه وظاهر كلام الجمهور أن الحكم لاينقض فيما يتعلق بالأموال.

(ج) وان كان الحكم لاينقض في الأموال، ولايؤخذ المحكوم به من يد المحكوم له حكم بتضمين الشهود لما أتلّفوه وفوتوه على المشهود عليه بشهادتهم التي رجعوا عنها، على ماينبأ سابقاً.

القسم الرابع :

عقوبة شاهد الزور ثابتة شرعاً وقانوناً على التفصيل المتقدم سواء كان التنفيذ لايمكن تداركه كالاعدام أو يمكن كما في القضاء بالأموال. ويضمن الشهود الذين رجعوا عن شهادتهم للمشهود عليه مافوتوه إياه بالشهادة سواء أكان ذلك بعد استيفاء المقتضى له ماقضى له به أم قبله على القول الصحيح -راجع. وأما في الرجوع عن الشهادة في القتل أو القصاص أو ظهور كذب الشهود فاما الدية وإما القصاص على ماقدمناه. وأنظر مانقلناه عن المهذب فيما يثبت به أن شهادة زور.

وهاك ماقاله في المغنى في الكلام في تعزيز شاهد الزور أنه لايفعل ذلك حتى يتحقق أنه شاهد زور، وقد تعمد ذلك أما بإقراره، أو يشهد على رجل بفعل في الشام في وقت، ويعلم أن المشهود عليه في ذلك الوقت في العراق. أو يشهد بقتل رجل وهو حي. أو أن هذه البهيمة في يد هذا الشخص منذ ثلاثة أعوام، وسنها أقل

من ذلك. أو يشهد على رجل أنه فعل شيئاً في وقت وقد مات قبل ذلك الوقت، أو لم يولد إلا بعد وأشباه ذلك مما يتقين به كذبه ويعلم تعمده لذلك. فأما تعارض البينتين أو ظهور فسقه أو غلظه في شهادته فلا يؤدّب به (أى يعزر) لأن الفسق لا يمنع الصدق، والتعارض لا يعلم به كذب إحدى البينتين بعينها، والغلط قد يعرض للمصادق والعدل ولا يتعمده فيعفى عنه أهـ. وليلاحظ أن الرجوع عن الشهادة لم يعتبر دليلاً على التزوير لاحتمال الخطأ والنسيان واشتباه الحال ونحو ذلك.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

- لا تحقق جريمة شهادة الزور إلا إذا أصر الشاهد على أقواله الكاذبة حتى انتهاء المرافعة في الدعوى الأصلية بحيث إذا عدل الشاهد عن أقواله الكاذبة قبل انتهاء المرافعة في الدعوى اعتبرت هذه الأقوال كأن لم تكن. (١)

(١) طعن ١٣٨٨ سنة ٣٩ ق جنائي جلسة ٢٧ / ١٠ / ١٩٦٩ مجموعة المكتب سنة ٢٠ ص ١١٧٢ .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الفصل الثاني عشر

شهادة الحسبة

رأيت أفراد هذا الفصل لشهادة الحسبة وتجميع أحكامها وأحكام دعوى الحسبة فيه ليسهل الأمر على الباحث ومن أراد الاستزادة فله الرجوع إلى المراجع الأصلية المشار إليها بالهوامش.

وسأبدأ بمقدمة يسيرة

ثم الفرع الأول ويتضمن بيان الحق وأقسام الحق وطرق حمايته.
والفرع الثاني يتضمن بيان الحقوق التي ترفع بها الدعوى حسبة « دعوى الحسبة أو الشهادة حسبة ».

والفرع الثالث خاص بالتعليق على قانون تنظيم إجراءات الحسبة.
والفرع الرابع إجراءات نظر دعوى الحسبة ومدى سلطة النيابة العامة والمحاكم طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المعمول بها الآن.

مقدمة

الأقضية جمع قضاء .

والقضاء فصل الأمر قولاً كان أو فعلاً.

والحكم فى الأصل المنع لأجل الإصلاح.

ولما كان القاضى يمنع ظلم الظالم واعتداء المعتدى سمي حاكماً، وسمى القضاء حكماً.

وعرفه الفقهاء بأنه فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص (١)

والمرافعة هى الشكوى وتقديم الخصم إلى الحاكم، يقال رافعه إلى الحاكم أى شكاه

وقدمه إليه ليحاكم وكذا رفعه إليه. وترافع الخصمان إلى الحاكم تحاكماً، وارتفعا إليه

تقدماً.

ثم اطلقت المرافعة توسعاً على جميع الاجراءات والنظم والأعمال القضائية التى

تتخذ لا يصال الحقوق إلى أربابها من إحضار الخصوم ومناقشتهم وسماع الدعاوى

ودفعها إلى غير ذلك.

وفى القانون

المرافعات هى مجموع القواعد والأوضاع التى يتم اتباعها فى الدعاوى التى تقام

أمام المحاكم فهى قوانين شكلية أى لا تنتظر إلا إلى الشكل لا إلى الموضوع على أنها

قد تؤثر فى الموضوع فى بعض الأحيان إذا قررت مثلاً سقوط حق إذا لم تتبع

إجراءات مخصوصة لحفظه.

وطلب ذى الحق حقه يسمى دعوى.

(١) انظر الدورى المختار

الفرع الأول

الحق وأقسام الحق وطرق حمايته

الحق

والحق فى اللغة هو الثابت الموجود تقول هذا حقى أى أمر ثابت لى ويطلق على الأمر المقضى والعدل والمال وهو كل ما ثبت للإنسان من جهة الشرع وهو أعم من الملك حقَّ الشئ ثبت ووجب وهو أحق بماله أى لاحق لغيره فيه بل هو مختص به من غير شريك.

يقال حقَّ على فلان أى شئ موجود فى ذمته (١)

وفى القانون الحق هو فائدة يقرها القانون لصالح الأفراد.

ويشمل هذا المعنى حتماً إمكان استعمال القوة القاهرة لإجبار الغير على الاعتراف بالحق أو بلفظ آخر بإمكان الإلتجاء إلى السلطة القضائية للحصول منها على تقرير هذا الحق إذا ما تنوزع فيه أو على إرجاعه إلى صاحبه إذا ما انتهكت حرمة.

وحق الإلتجاء إلى السلطة القضائية للإستعانة بها على تقرير الحق هو الدعوى.

أقسام الحق

وينقسم الحق فى عرف الشرع إلى قسمين حق الله وحق العبد. وأعلم أن الأصوليين يقولون هذا حق الله وهذا حق العبد فحق العبد عبارة عما يسقط بإسقاط العبد كالقصاص وحق الله ما لا يسقط بإسقاط العبد كالصلاة والصوم والجهاد وحرمة القتال فى الأشهر الحرم وانفاق المال فى سبيل الله وحرمة الجماع فى الحيض وحرمة القربات بالإيلاء وعدة الطلاق ونحو ذلك. (٢)

(١) حاشية نور الأنوار ص (٢١٦).

(٢) (كشاف اصطلاحات الفنون ص ٣٣٠).

حق الله

فحق الله هو مايتعلق به النفع العام للعباد من غير أن يكون فى تقريره نظر إلى عبد دون عبد وفى صيانتہ والمحافظة عليه تزيكة للنفس وكمال الحياة الأخروية وذلك كحرمة الزنا فإنه يتعلق به مجموع النفع من سلامة الأنساب من الإشتباه وصيانة الأولاد عن الضياع وارتفاع الثقاتل بين المتزاحمين عن موارد قضاء الشهوات وكحرمة الدماء لما فى صونها من حياة النفوس.

وجه نسبه إلى الله تعالى

وإنما نسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه وإلا فالواقع أن لله ما فى السموات وما فى الأرض لا شريك له فى الملك.

وجوب التضامن فى المحافظة على حقوق الله

ولما كانت حقوق الله تعالى إنما تقررت لمصالح العباد وإخلاء العالم من الفساد وجب على كل فرد إحياؤها واحترامها وتمهدها بالحفظ والصيانة والوفاء بها والذود عنها.

حق العبد

وحق العبد هو مايتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير.

مايميز كلا من الحقين عن الآخر

ويباح الإنتفاع بالمال بإذن مالكة لأنه مستبد به فله أن يبذله ولايباح الزنا بإباحة المرأة ولا بإباحة الزوج لأنه ليس لأحدهما تمليك هذه المنفعة لأحد شرعاً وإنما للزوج حق الإستمتاع المأذون له فيه من قبل الشارع وكما لاتباح الأعراض لاتباح الدماء فلو قال لغيره أقتلنى فقتله أقتص من القاتل على رواية لأنه قتل عمداً وفى رواية أخرى عليه الدية لوجود شبهة الأمر وبالجمله هو مؤاخذ على كل حال فالإباحة إنما تكون فى الأموال وما فى حكمها ليس غير.

والخلاصة فإن حق العبد هو منحة إلهية منحتة الشريعة إياه ليتمتع به فضلاً من الله ونعمة والتزمت الشريعة حمايته ومكنت صاحبه من الدفاع عنه إذا تعرض له متعرض بالأذى والمطالبة به واسترداده إذا سلبه منه سالب. وأوجبت على كل فرد أن يحترم حق غيره ولا يمد يده إليه إلا بأذن صاحبه.

وعلى هذا فكل حق خالص للعبد هو أيضاً حق لله تعالى من حيث حماية الشريعة له وإلزم سواه باحترامه ومنعه من الإعتداء عليه فيجب على القائم بأمور المسلمين ومن في ذمتهم وعهدهم صيانة ما هو حق مقرر للإفراد شرعاً وإلا كانت المسئولية عليه بسبب ظلمه أو إهماله (٦).

ونظير تقسيم الحقوق في الشريعة الإسلامية إلى حق الله وحق العبد تقسيمها في

(٦) أساس الحقوق عند الفرنسيين العدالة والعدالة أمر موهوم. وعند الألمان أساسها القوة وهو المنطبق على الواقع إذ القوة هي التي تكيف العدالة وتحدها في نظر القوى الغالب فرأيه في تقدير العدالة مخالف لرأي الضعيف لا محالة وآراء الأقوياء متفاوتة كل يصور العدالة بحسب قوته ويقدرها كما يشاء هواه ويراه في منفعتة (انظر كتاب الرد على الدهريين للسيد جمال الدين الأفغاني). وأنى بمناسبة هذا أقول إن حقوق الأمم والأفراد في الشريعة الإسلامية قد حددها الشارع تحديداً تاماً وحماية هذه الحقوق لا تكون إلا بالقوة حتماً (مايزع الله بالسلطان أكثر مايزع بالقرآن) فأساس الحقوق عندنا هو الخطاب الإلهي الأزلي فهو المبين والمحدد لها وسياجها القوة. فالفرق بيننا وبين الألمان ومن نحا نحوهم أن القوة عندنا مهما ازدادت فهي لا تكسبنا حقوقاً جديدة ولا تغير عقيدتنا في فهم الحق وتقديره إذ الحقوق مقررة ثابتة ومعينة على كل حال. ومن أمثلة ذلك حقوق أهل الذمة (لهم مالنا وعليهم ما علينا - أمرنا أن نتركهم وما يدينون) فمهما عظم أمر الإسلام وقويت شوكتها وضعف جانب من في ذمة المسلمين وعهدهم فحقوقهم التي قررها الشارع لهم ثابتة محترمة لا يمسها ظلم فإن شاءت القوة أن تظني عليها وقفت الشريعة العادلة حائلاً دونها حامية لها. ولا يعترض على هذا بمخالفة الحكام الظالمين للأمر الإلهي لأننا إنما نتكلم في أحكام الشريعة نفسها وأفعال هؤلاء المخالفين ليست حجة عليها وإنما هي حجة عليهم وعلى من أعانهم على ذلك الظلم كائناً من كان على أن ظلمهم لم يكن خاصاً بغير المسلمين بل كان عاماً شاملاً للمسلمين وغيرهم بل ربما فإنه على المسلمين أشد وبهم أنكى كما نرى ذلك في سيرة الحاكم بأمر الله الفاطمي وأضرابه. والشريعة الإسلامية الصريحة الخالصة النقية ضماناً للحقوق فيها لأضعف الضعفاء من الأمم والأفراد ثابت ومحقق لا يتبطل قوة ولا يقلب حقيقة تأويل مبنى على الأثرة وحب الذات. (المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم - المرافعات الشرعية).

القوانين الوضعية إلى حقوق عمومية وحقوق شخصية. فالحقوق الشخصية حق المطالبة فيها لأربابها ويجوز لهم التنازل عنها وعدم إقامة الدعوى من الأصل والحقوق العمومية حق المطالبة فيها للنياحة العامة التى تقوم باسم الهيئة الاجتماعية لحماية هذه الحقوق وصيانتها وجبر ما يضيع منها بواسطة القضاء فدعاوى النياحة دعاوى حسبة ذات نظام محكم.

الحق المشترك

وهناك حقوق مشتركة وهى قسمان (الأول) ماكان حق الله فيه غالباً كحق القذف (والثانى) ما كان حق العبد فيه غالباً كالقصاص.

فأما حق القذف فإن فيه حق الله تعالى من حيث أنه جزاء لهتك حرمة العفيف الصالح وحق العبد من حيث أنه إزالة عار المقذوف ولكن حق الله غالب ولذا لايجرى فيه الإرث ولا العفو فإذا مات المقذوف سقط الحق فى إقامة الحد فليس لورثته المطالبة به. ولو عفا عنه المقذوف لايسقط بعفوه على المفتى به لأن العبد انما يسقط مايكون حقاً له أو كان حقه فيه غالباً وماليس كذلك فلا يملك إسقاطه. وفى رواية بشر عن أبى يوسف أن حد القذف يسقط بالعفو وقال الشافعى يجرى فيه العفو والإرث تغليباً لحق العبد (٤)

وأما القصاص فإن فيه حق الله تعالى وهو إخلاء العالم من الفساد وحق العبد لوقوع الجناية على نفسه. ولله تعالى فى نفس العبد حق الإستعباد وللعبد فى نفسه حق الاستمتاع ففى شرعية القصاص احياء الحقيين. والقصاص فى الأصل جزاء الفعل وأجزيه الأفعال تجب حقاً لله تعالى لأن الآدمى بنىان الرب كما ورد فى الحديث لكن لما كان وجوب القصاص بطريق المماثلة والجبر أن علمنا رجحان حق العبد ولذا يجرى فيه الإرث والعفو والإعتياض بطريق الصلح بالمال كما فى سائر حقوق العباد، غير أن من الحقوق ما لا يورث وسيأتى بيان بعضه مجملاً.

(٤) (انظر حاشية نور الأنوار وأنظر فتح القدير فى حق القذف).

أقسام حقوق الله

وتنقسم حقوق الله تعالى - بالاستقراء - إلى ثمانية أنواع وقد شرحت شرحاً وافياً في كتب الأصول وسنذكر هنا تتيماً للفائدة خلاصة القول فيها:

(١) عبادات خالصة كالإيمان وفروض الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد..

إلخ واعترض بأن العبادات ليست نفعيتها عامة وأجيب بأنها إنما شرعت لحصول الثواب ودفع الكفارات وذات منفعة عامة لكل من له أهلية التكليف (٥)

(٢) عقوبات كاملة كالحدود ويندرج تحتها حد الزنا وشرب الخمر والسرقة لأنها

شرعت لصيانة الأنساب والعقول والأموال وفي صيانتها تزكية النفس

وإصلاحها وتكميل الحياة الأخروية. ومنها أيضاً حد قطاع الطريق لأنه جزاء

المحاربة مع الله لمافيه من تهديد أمن عباد الله وإزعاجهم وقد سماه الله فقال

جزاء والجزاء المطلق ما يجب حقاً لله تعالى بمقابلة الفعل.

(٣) عقوبات قاصرة كحرمان القاتل من إرث المقتول فإنه حق لله تعالى إذ لانفع فيه

للمقتول ثم إنه عقوبة للقاتل لكونه غراماً لحقه بسبب جناية حيث خرج من

الإرث مع وجود علة الاستحقاق وهي القرابة لكنه عقوبة قاصرة من حيث أن

القاتل لم يلحقه ألم في بدنه ولانقصان في ماله بل امتنع ثبوت ملكه في تركة

المقتول.

(٤) حقوق دائرة بين العبادة والعقوبة كالكفارات ويندرج تحتها كفارة اليمين والقتل

الخطأ والفطر العمد في رمضان والظهار. إنما سميت كفارات لأنها تكفر الذنوب

أى تسترها (٦) أما كونها في معنى العبادة فلأنها تؤدي بما هو محض العبادة وهو

الصوم والإعتاق والإطعام والكسوة. وأما كونه في معنى العقوبة فلأنها وجبت

أجزية مع أفعال محرمة وهى الحنث فى اليمين والقتل الخطأ جزاء التقصير لعظم

خطر الدم والجناية عن صوم الفرض وانتهاك حرمة الشهر ولأن الظهار منكر من

(٥) أنظر حواشى التوضيح والتلويح.

(٦) وقد سمي الليل كافر لأنه سائر ويقال للفلاح كافر لأنه يكفر الحب أى يستره فى الأرض.

القول وزور كما سماه الله تعالى .

(٥) عبادة فيها معنى المؤنة كصدقة الفطر فإنها فى أصلها عبادة ملحقة بالزكاة ولذا شرط لها ملك النصاب لكن فيها معنى المؤنة لأنه تجب على الانسان عمن يعوله ويلى عليه كأولاده الصغار الفقراء كما تجب عليه فى حق نفسه .

(٦) مؤنة فيها معنى العبادة كالعشر فإنه فى نفسه مؤنة للأرض التى يزرعها ولكن فيه معنى العبادة لأنه يصرف فى مصارف الزكاة ولا يجب إلا على المسلم . وللإمام أن يتقاضى ضريبة العشر جبراً إذا امتنع من وجبت عليه من الأداء .

(٧) مؤنة فيها معنى العقوبة كالخراج فإنه فى نفسه مؤنة للأرض كالعشر ولكن فيه معنى العقوبة لإنصراف الزراع عن الجهاد بسبب الإشغال بزراعتهم (٧)
(٨) حق قائم بنفسه كخمس الغنائم والمعادن .

تقسيم الحقوق من حيث دخولها تحت القضاء

وتنقسم الحقوق من حيث دخولها تحت القضاء إلى قسمين مايدخل منها تحت القضاء وما لا يدخل تحت القضاء .

والقسم الأول ينقسم إلى قسمين مأتقبل فيه الشهادة حسبة وما لا تقبل فيه الشهادة حسبة بل لابد من دعوى صاحب الحق نفسه ولو بطريق الإنابة وبدون ذلك لا تسمع الدعوى .

فأما ما يدخل تحت القضاء ولا تسمع فيه الدعوى حسبة فإنه يندرج تحته ثلاثة أشياء :
(الأول) حقوق العباد جميعها لأن الحق ملك صاحبه فله وحده الخيار فى المطالبة به .
(الثانى) ما اجتمع فيه الحقان سواء أكان حق الله غالباً كحد القذف أم كان حق العبد

(٧) وعليه فلو قيل أن كل أفراد الأمة وجماعاتها متضامنون فى حفظ كيانها والقيام بحاجاتها والدود عن مصالحها ودفع الأذى عنها وتوفير الرفاهية لها فكل طائفة تقوم بعمل جزئى يعود بالمنفعة على الجميع فالزراع يزرع الأرض وفى الزراعة فوائد لا تحصى ويعطى ضريبة لتنفق على من تفرغوا لصيانتة وصيانة زرعه وأرضه ومن وقفوا أنفسهم للدفاع عن الوطن داخلاً وخارجاً وقاموا بكل مايلزم له من الخدمة النافعة وهكذا لو قيل هذا لكان حسناً (الإمام الشيخ أحمد إبراهيم - أحكام العبادات)

غالباً كحق القصاص فأما القصاص فلا بد فيه من دعوى المقتول قبل موته أو دعوى وليه بعد موته وذلك لغلبه حقه وأما حد القذف فلأن المذوف ربما يؤذيه إقامة الدعوى من غيره ويرى مصلحته السكوت لأسباب هو أدري بها لذلك ترك الشارع حق إقامة الدعوى له ولم يزعه بقبول الشهادة عن قذفه حسبة غير أنه إذا اختار رفع الدعوى وبعد ما ثبت القذف عند الحاكم عفا عن القاذف فلا يصح عفوّه كما تقدم.

(الثالث) حد السرقة هو من الحدود الخالصة لله تعالى ولكن لا بد من دعوى المسروق منه أو نائبه وذلك لأن المطلوب في دعوى السرقة شيئان المال المسروق وهو حق خالص للعبد وإقامة الحد وهو حق خالص لله تعالى والثاني منهما متوقف على الأول فلا سبيل إليه إلا بطلب المسروق منه ماله وماله حقه فله أن يطالب به وله أن يتركه لذلك توقفت إقامة الحد في دعوى السرقة عن طلب المسروق منه ولم تقبل فيها الشهادة حسبة (٨).

وأما ما يدخل تحت القضاء وتسمع فيه الشهادة حسبة فطائفة من حقوق الله تعالى ستأتى مفصلة ومنها الحدود وهذا القسم تسمع فيه الشهادة حسبة من كل أحد كما سيأتى بيانه.

وأما ما لا يدخل تحت القضاء من حقوق الله تعالى فهو العبادات الخالصة، ومافيه معنى العبادة، وذلك لأن العبادة لا تكون إلا عن نية واختيار صحيح حتى يتصور فيها

(٨) هذا وقد اعتبر ابن الفرس رحمه الله في كتابه الفواكه البدرية حد السرقة مما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب وسوى بينه وبين حد القذف حيث قال فى ص ٢٤، أعلم أن المحكوم به أقسام أربعة حق الله المحض وحق العبد المحض وما فيه الحقان وحق الله غالب ومافيه الحقان وحق العبد غالب فالأول كحد الزنا والخمر والثاني غنى عن التمثيل والثالث كحد القذف والسرقة والرابع كالقصاص والتعزير على انتهاك حرمة المسلم بالشتيم وقد نقله عنه فى رد المحتار فى أول كتاب القضاء ص ٣١٠ جزء رابع بدون تعليق عليه. وهذا خطأ بين فإن حد القذف مطلوب لله تعالى ومطلوب للعبد فالحقان فيه تواردا على محل واحد وأما حد السرقة فهو له وحده وليس للعبد إلا المطالبة بماله المسروق فالحقان لم يتواردا على محل واحد فكيف يسوى بين الحدين.

يوضحه ما سيأتى فى شروط أداء الشهادة من أن عدم التقادم شرط فى قبول الشهادة على ما يوجب الحد إلا حد القذف فإن الشهادة تقبل عليه مع التقادم بخلاف السرقة فإن الشهادة عليها مع التقادم توجب المال وتسقط الحد، وأنظر البداية فى الشهادة عن الزنا فقد صرحت بمثل هذا القول).

الطاعة الخاصة فإذا دخلت تحت القضاء فات المعنى المقصود منها ولم تكن عبادة على أن التنفيذ فيها يكاد يكون متعذراً لتجددها كل وقت بتجدد أسبابها وباب القضاء فيها مفتوح مدة العمر كله إذا فات الأداء تيسيراً من الله تعالى ورحمة بعباده ولئن أمكن التعزيز على الترك لا يمكن الإجبار على الفعل. ونظير هذا أنه ليس كل ما يحظره علم الأخلاق يدخل تحت القضاء كالكذب وبعض الأمور التي تحط من المروءة ولا تنضبط وذلك ليكون للإنسان رادع من نفسه حتى يكون التأثير أبلغ ووقعه في النفس أشد فمن ترك الكذب لشعوره بأنه نقيضه لاتليق بمثله وأن كرامته تأبى عليه أن يتدنس بمثل هذه الرذيلة الممقوتة كان أقرب إلى الصلاح والكمال ممن تركه خوف عقوبة نص عليها القانون كذلك تارك الصلاة (مثلاً) لو حكم عليه بأن يؤدي الصلوات في أوقاتها وشدد عليه في ذلك وروقب أشد المراقبة فإنه إذا صلى على هذه الصورة كانت صلاته بمعزل عن العبادة التي شرعت لاصلاح النفوس وتزكيتها. من أجل ذلك تركت الصلاة وأمثالها لاختيار العبد ابتلاء واختباراً وتمريناً على أن يأتي بالطاعة من تلقاء نفسه ليتحقق فيه معنى العبودية لله تعالى وبدون ذلك لاتصل النفس إلى كمالها وسعادته. على أن للإمام أن يعمل كل مافى المصلحة للمحافظة على حقوق الله تعالى التي لاتدخل تحت القضاء لأنه بمنزلة الوصى على المسلمين يسوقهم الى مافيه خيرهم وصلاحهم.

ومما يناسب ذكره هنا ما أورده الإمام الخطاب المالكي في كتابه (تحرير الكلام في مسائل الإلتزام) قال: النذر المطلق إن كان لمعين قضى به وإن كان لغير معين لم يقضى به على المشهور ولكن يؤمر به ولا يجبر. وليس عدم الجبر لأنه لا يجب عليه بل هو واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى وإنما لم يقض عليه وإن كان آثماً في الامتناع من الوفاء بالنذر لأنه لا أجر له في الحكم عليه وهو كاره وأما إن كان المنذر لمعين فله مطالب معين من جهة العباد فيقضى له إذا طلبه (٩)

والقول هنا في أن لا أجر له في الحكم وهو كاره فإن كل ما وجب من طريق

(٩) أنظر فتاوى الشيخ عليش ص ٢٠٨ - ٢٠٩ - جزء أول

الديانة عن جهد التعبد الغرض منه اختبار العبد أيطيع أم لا ليكون الثواب على اختياره وحسن طاعته فاذا وجدت الكراهة فات الثواب لفوات شرطه. ومن هنا يظهر لك معنى قولهم يجب ديانة لا قضاء فهو على مثال يجب أخلاقياً ولا يجب قانوناً.

تقاسم أخرى للحقوق

وتنقسم الحقوق إلى تقاسيم أخرى غير ماتقدم

كتقسيمها إلى حقوق جبرية وحقوق كسبية فالحقوق الجبرية هي ما قررتها الشريعة للأفراد بدون تصرف اختياري منهم بل منحتهم إياه منحاً كحق ولاية الأب على أولاده الصغار وحق الملك بسبب الإرث. والحقوق الكسبية ما يقرره الأفراد بعضهم على بعض اختياراً بواسطة التعاقد كولاية الوكيل على التصرف في مال موكله ونقل الملك بسبب البيع. والشريعة تحتم الوفاء بهذه الحقوق وصيانتها متى كانت العقود والتعهدات المتولدة عنها متوفر شرائطها الشرعية فالعباد يباشرون الأسباب والشريعة ترتب عليها مسبباتها. وتقسيمها إلى حقوق وجودية وحقوق عدمية والحق أو الأمر الوجودي كأن نقول هذا المال لى وهو فى يد (فلان) بغير حق وأريد أن يسلمه لى، أى يطلب حقاً له عند غيره. أما الحق العدمي كأن نقول أن هذه الأرض فى يدي وهذه البينة تشهد لى بها (وفلان) يدعى انها له ولا بينه له على مدعاه ويريد أخذها منى بدون حق وأطلب أمره ألا يتعرض لى، أى يطلب عدم تعرض الغير له.

وإلى ما يسقط بالإسقاط كحق الشفعة (٩) وخيارات البيع. ومالا يسقط كحق الميراث

(٩) الحقوق القابلة للسقوط بالإسقاط يشترط لسقوطها أن تكون متحققة فى حيز الوجود قبل إسقاطها، أما قبل وجودها وتحققها فلا يؤثر فيها الإسقاط لأنها معدومة وإعدام المعدوم لا يتصور وذو الحق المسقط إنما يسقط ما هو حقه ولا يكون حقاً له إلا بعد تحقق وجوده فلو أسقط حق الشفعة قبل البيع فله أن يطالب به بعد البيع لأن إسقاطه فى حكم العدم، والقانون فى هذا موافق لما قاله الفقهاء.

والحقوق الأكيدة من شروط الواقفين (١٠) .

ومنها مايورث كحق القصاص وخيار العيب وخيار التعيين ومالا يورث كحق الشفعة وخيار الرؤية وحد القذف.

ومنها مايلزم قضاء وديانته كحق الملك بأسبابه المشروعة ومايلزم ديانة فقط لا قضاء كحق الزوج على زوجته فى خدمة المنزل والقيام بشئونه.

ومنها مايلزم قضاء ويقبح ديانة كبذل الخلع فى بعض صوره.

الطرق التى يتوصل بها الانسان إلى حقه

ووصول الإنسان إلى حقه يكون بأحد أمور أربعة:

(أ) القوة المادية أو الحيلة بأن ينتزعه ويسترده ممن استحوذ عليه أو منع إياه إما بنفسه فقط أو بمعاونة غيره. أو يدفع من يريد الإعتداء على نفسه أو ماله أو عرضه ولو بإزهاق نفس المعتدى. أو يستعين على ذلك بذى قوة من رجال الشرطة أو غيرهم. وكالقوة المادية فى ذلك الحيلة فيأخذ بها حقه أو يدفع بها الشر عن نفسه أو ماله.

(ب) قضاء القاضى ذى الولاية العامة فيدفع القاضى بماله من الولاية العامة اعتداء

(١٠) أنظر كتاب الأشباه والنظائر مع حاشية الحموى فى القسم الثالث فيه سياق وافى لما يسقط به الحقوق بالإسقاط ومالا يسقط ص ١٦٠ جزء ثان.

وهنا فائدة لا بد من ذكرها قال خير الدين الرملى: إذا سقط حق الأذى بالعفو (أى كعفو ولى الدم عن القصاص مثلاً) فهل يعزر من عليه الحق لانتهاك الحرمة؟ فيه اختلاف والمختار أنه لا يسقط تعزيره اغلاقاً لباب الجرأة على الله تعالى أنظر صفحة (٥٠) من نزهة النواظر على الأشباه والنظائر. وانظر ما كانت عليه طريقة محاكمة القاتل فى بلاد الدولة العثمانية فإنه جمع فيها بين الدعوى العمومية فى المحاكم النظامية والدعوى الشخصية من ولى الدم فى المحاكم الشرعية وقد بين سير الإجراءات فى ذلك من أولها إلى آخرها فى كتاب شرح قانون المحاكمات الجزائية لسليم أفندى باز وإنه فى ذلك إقامة لحق الله تعالى ومنعاً لانتهاك حرمة واخلاء للعالم من الفساد وصيانة لحق ولى الدم وهو نظام مبنى على الاحتياط ورعاية كل ماجاء به الشرع).

المعتدى أو يرد الحق إلى صاحبه إن كان فى حوزة المدعى عليه وحال بين المدعى والوصول إليه أو يضمّنه قيمته أو مثله على ما هو مقرر فى مواضعه.

(ج) حكم المحكم وهو القاضى ذو الولاية الخاصة الذى يختاره المتنازعان لحسم النزاع بينهما ويرضيان حكومته.

(د) الصلح مع خصمه بدون قضاء أو تحكيم.

هذه هى الطرق التى يتوصل بها الإنسان إلى حقه.

فأما القضاء فلأنه ليس بمجرد الدعوى يعطى القاضى طالب الحق ما يطلبه بل لابد من إقامة الحجة على مادعاه وكذلك التحكيم له شروطه وللصلح شروط قررها الشارع ليكون صلحاً صحيحاً مقيداً.

وبالنسبة إلى وصول الإنسان إلى حقه وحمايته استخلاصاً ودفعاً بالقوة. فإن كل انسان مدفوع بطبيعته الى ارتجاع حقه اذا ما سلبه منه سالب والدفاع عنه أن استقر اعتداء معتد عليه. فلو ترك الإنسان يستخلص حقه بنفسه مع ما غرس فى النفوس البشرية من المطامع التى لاتدين بالوقوف عند حد، والظلم الذى تصوره القوة حقاً سائغاً هنيئاً لم يكن إلا الفوضى وفساد الكون.

إلى حقه ولم تكل إلى الإنسان أخذ حقه بنفسه أو دفع الأذى عنه بقوته ما استطاع إلى سلوك الطرق المرسومة له سبيلاً. ولم تقره على استعمال حقه الطبيعى فى الدفاع عن نفسه وماله وعرضه إلا إذا اضطر إلى ذلك اضطراراً ولم يجد فرصة تمكنه من الاحتماء بالقضاء أو الإلتجاء إلى قوة السلطات والإستعانة بها.

هنالك أبحاث له الشريعة العادلة أن يسير فى سنة الطبيعة وأن يدفع الشر بالشر مادام لم يجد مندوحة عن ذلك. وثم ظروف اعتبرتها الشريعة مسقطاً للمسئولية أو مخففة لها، كما سوغت للإنسان أخذ حقه الثابت إذا وجده بعينه وظفر به بدون إضرار بغيره إذ من المقرر شرعاً أنه لا ضرر ولا ضرار (١١).

(١١) أنظر البابين الثانى والثالث من الفتاوى الهندية ص ٣١٣ وما بعدها.

الفرع الثانى

الحقوق التى ترفع به الدعوى حسبة

والكلام فى الدعوى حسبة أو الشهادة حسبة

معنى الحسبة الأجر والثواب وهى اسم من الإحتساب تقول احتسب عند الله خيراً أى قدم فيما يدخر له يوم ينظر المرء ما قدمت يداه، وجمعها حسب. فالشاهد حسبة يقصد بشهادته الأجر وامثال أمر الله تعالى فى إزالة المنكر الذى هو من أكد الفروض علينا لما يترتب عليه من صلاح المعاش والمعاد. فمن أخلص فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ورفق واستعمل الحزم وحكم العقل وراقب فى عمله من لا تخفى عليه خافية فقد قام بأعظم واجب دينى وإنسانى يعود بالخير العميم والنفع العظيم على المجتمع الإنسانى كله (١)

وشهادة الحسبة إنما تكون فى حقوق الله تعالى. وهذه الحقوق يجب على كل إنسان المحافظة عليها والدفاع عنها وليعلم أنه نائب عن صاحب الحق فيها وأن منفعتها إنما تعود على الشاهد وبني جنسه جميعاً وأن الله غنى عن العالمين. فمن رأى رجلاً يعيش مع امرأة عيشة الأزواج بعد أن طلقها ثلاثاً (مثلاً) وجب عليه أن

(١) ولله در الإمام ابن القيم فقد نطق بالحق حيث يقول

إنكار المنكر أربع درجات للأولى، أن يزول ويخلفه ضده (الثانية) أن يقل وإن لم يزل بجملته (الثالثة) أن يخلفه ما هو مثله (الرابع) أن يخلفه ما هو شر منه فالدرجتان الأولىان مشروعتان والثالثة موضع اجتهاد والرابعة محرمة ثم ضرب لذلك الأمثال (أنظر ص ١٥ من الجزء الثانى من اعلام الموقعين) فإذا أدى السعى فى رفع منكر إلى حصول ما هو أشد منه وجب الكف عنه وعلى ذلك فكل فعل يراه بعض المجتهدين جائزاً ويراه جمهورهم غير جائز إذا كان لا مندوحة من إيقاعه حتماً سواء قلنا للفاعل أنه جائز أو غير جائز وكأنه لو فعله لا نستطيع منعه عنه فيما نترك الفاعل وشأنه، ونقيسه بالجواز ارتكاباً لأخف الضررين إن كان فى الأخذ بأقوال بعض المجتهدين التى خالف بها أكثرهم ضرر وبالجملته فهذا أمر تعوزه الحكمة والتدبر فى العواقب والله ولى الهداية والتوفيق.

يرفع الأمر إلى القاضى ويطلب التفريق بينهما ويشهد عنده بما رأى. فالمدعى حسبة يكون شاهداً حسبة بما يدعيه فهو قائم بالخصومة من جهة وجوب ذلك عليه وشاهد من جهة التحمل لكن غلب عليه اطلاق شاهد الحسبة دون مدعى الحسبة وهو فى الحقيقة مدع وشاهد باعتبارين فلا تناقض لانفكاك الجهة (٢)

والأشياء التى تقبل فيها الشهادة حسبة كثيرة وضابطها أنه كل ما كان حقاً خالصاً لله تعالى قبلت فيه الشهادة حسبة ومن المعلوم أن التحليل والتحريم حق خالص لله تعالى وقد عد منها فى الأشباه أربع عشرة مسألة فى موضع واحد (ص ٣٩٣ - ٣٩٤) ونقلها عنه فى رد المحتار فى كتاب الوقف (ص ٤١٤) وهى فى الحقيقة أكثر من أربع عشرة كما يؤخذ من الأشباه فى موضعين آخرين (ص ٣٥٨ - ٣٥٩) و(ص ٣٨٣ - ٣٨٦) ورد المحتار فى الوقف والرضاع.

وهذه هى المسائل الأربع عشرة: الوقف وطلاق الزوجة وتعليق طلاقها وعتق الأمة وتديبرها والخلع وهلال رمضان والنسب وحد الزنا وحد الشرب والإيلاء والظهار وحرمة المصاهرة ودعوى نسب العبد أى دعوى المولى نسب عبده فى غير مجلس القاضى فإذا قصداً بذلك فى مجلس القاضى قبلت الشهادة حسبة ويزاد على ذلك الرضاع والنكاح وعتق العبد وتديبره وجرح الشاهد حسبة وكذا تقبل الشهادة حسبة فى كل ما يوجب التعزيز ويكون حقاً لله تعالى (حموى ص ٣٨٦). وفى بعض ماتقدم خلاف بين الإمام أبى حنيفة وصاحبيه وبعضه متفق على قبول الشهادة فيه حسبة ولنذكر ذلك على التفصيل لأجل الفائدة.

الشهادة بلا دعوى مقبولة فى حقوق الله تعالى لأن القاضى يكون نائباً عن الله تعالى فتكون الشهادة على خصم فتقبل. وغير مقبولة فى حقوق العبد وهذا أصل

(٢) قال فى فتح القدير ص ٥٥ جزء سادس فى باب الاختلاف فى الشهادة وإنما قيد الاشراف بحقوق العباد احترازاً فإن دعوى مدع غير الشاهد ليست بشرط لقبول الشهادة لأن حقه تعالى واجب على كل أحد القيام به فى اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكأنه قائماً بالخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهداً من جهة تحمل ذلك.

متفق عليه ففي الحقوق المملوكة للعباد كحق الشفعة وملك العين لاتقبل الشهادة حسبة بل تتوقف على دعوى صاحب الحق بنفسه أو بنائبه واستدعائه الشاهد للشهادة بخلاف حقوق الله تعالى فإن الشهادة بها تقبل بدون الدعوى كالشهادة على الطلاق بدون طلب المطلقة احتسابا وطلبا للأجر لا لإيجاب مديح ومن الأشياء المتقدمة ما اختلف فيه نظر الإمام وصاحبيه هل الغالب فيه حق الله فتسمع الشهادة حسبة أم حق العبد فتتوقف على الدعوى فالأصل متفق عليه وإنما الاختلاف في التطبيق وإرجاع المسائل إليه.

(١-٤) ماتقبل فيه الشهادة بدون الدعوى عند الكل أربع مسائل عتق الأمة والطلاق والخلع والنكاح (٣) فالشهادة بطلاق المرأة وعتق الأمة شهادة بحرمة الاستمتاع والتحريم حق خالص لله تعالى بلا خلاف وكذا الشهادة بحرية امرأة اشتبه في أنها أمة. وأما الزواج فإنه يثبت بدون الدعوى كالطلاق لأن حل الاستمتاع والحرمة فيه حق لله تعالى. ومن صور ذلك ما إذا أراد ابن تزوج من تزوجها أبوه جاهلا بزواجه إياها فللشهود الشهادة بزواج أبيه من غير دعوى لحرمتها على ابن الزوج وذلك خالص حق الله تعالى.

هذه هي المسائل الأربع المتفق على قبول الشهادة فيها حسبة ولنذكر سائرهما.

(٥) الوقف إن كان على قوم باعيانهم لاتقبل فيه البينة بدون الدعوى عند الكل وإن كانت على الفقراء أو على المسجد فعند أبي يوسف ومحمد تقبل وعند الإمام لاتقبل. وهذا التفصيل هو المختار. والمراد بالشهادة على الوقف الشهادة عليه أصلا دون شرائطه (٤)

(٣) (أنظر تقرير الرافعي ص ٩٠ جزء ثان فيما يتعلق بالنكاح)

(٤) (حموى ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٩٣) الوقف إن كان على الفقراء أو المسجد في الحال والمآل قبلت الشهادة عليه حسبة لأنه حق الله تعالى. وأن كان عن قوم باعيانهم في المال فمآله الفقراء لامحالة فهل تقبل عليه الشهادة حسبة باعتبار المال أم لا بد فيه من دعوى المستحقين باعتبار الحال قال في الخانية يبنى ألا تقبل فيه البينة بدون الدعوى في هذه الحالة وقال ابن وهبان إن الشهادة حسبة تقبل في حق الفقراء باعتبار المآل. ولا حاجة إلى التفصيل الذي فصله =

(٦) تعليق الطلاق: ذكره في الأشباه ص ٣٩٣ وقال الحموى أن ابن وهبان لم يذكره.
(٧) تدبير الأمة: فيه خلاف كالشهادة على العتق ولا موجب الآن لبحث هذا الخلاف
بعد أن لم يعد هناك عبيد أو إماء.

(٨) هلال رمضان: شهادة هلال رمضان بدون الدعوى تقبل عندهما وينبغي أن
تشتط الدعوى عند أبي حنيفة وقيل يشترط لفظ الشهادة وقيل لا. وفي هلال الفطر ينبغي
أن تشتط الدعوى ولفظ الشهادة (لأنه تعلق به نفع العباد وهو الفطر فإنه من سائر
حقوقهم) وفي هلال الأضحى اختلاف لأنه اجتمع فيه حق الله تعالى وحق العبد فقاسه
بعضهم على رمضان وبعضهم على هلال الفطر.

وينبغي ألا يشترط حكم القاضي بدخول رمضان بل يكفي أن يأمر الناس بالصوم
وكذا الخروج إلى المصلى للعيد (٥).

(٩-١٠) النسب ودعوى نسب العبد: تقبل الشهادة على النسب من غير دعوى لأن
النسب يتضمن حرمان كلها حرمان لله تعالى حرمة البضع وحرمة الأمومة والأبوة.
وقيل لا تقبل من غير خصم، كما قام الخلاف أيضا على قبول الشهادة على دعوى المولى
نسب عبده من غير دعوى. (٦)

= قاضيخان فرد عليه بأن التفصيل لا بد منه لأن النية إذا قامت بأن هذا وقف يستحقه قوم بأعيانهم فلا بد فيه من
الدعوى لثبوت استحقاقهم بخلاف ما إذا قامت عليه أنه وقف على الفقراء أو المسجد أو نحو ذلك ووفق
صاحب التنوير بقبولها مطلقا لاثبات أصل الوقف باعتبار المالك وباشترط الدعوى إذا كان المراد ثبوت
الاستحقاق وهو توفيق حسن والحاصل أن الوقف من حيث هو حق الله تعالى لأنه تصدق بالمنفعة فلا تشتط له
الدعوى لكن إذا كان أوله على معين وأريد اثبات استحقاقه اشترط له الدعوى وأن ثبت أصل الوقف بدونها.
وعلى ذلك لو سقطت دعوى المدعى لسبب ما فذلك لا يؤثر في قبول الشهادة حسبة على أصل الوقف وكذا لو
خالفت الشهادة الدعوى ملخصا من الدر ورد المختار (ص ٤١٤ ثالث ومثله في حاشية الحموى على الأشباه
ص ٣٨٣ - ٣٨٤).

(٥) أنظر تقرير الرافعي ص ٩٠ جزء ثان والحموى الأشباه ص ٣٨٤ - ٣٨٥

(٦) جامع الفصولين ص ١٦٩ - ١٧٠ جزء أول أنظر الحموى ص ٣٨٤ ورد المختار في كتاب الصوم ومعين
الحكام ص ١٣١.

(١١-١٢) حد الزنا وحد الشرب : كلاهما حق خالص لله تعالى فتقبل فيه الشهادة حسبة ولا تحليف فيهما إذا أنكر المدعى عليه ولم تستوف الشهادة شروطها لأن الحدود تدرأ بالشبهات. وأما حد السرقة وحد القذف فلا بد في كل واحد منهما من سبق الدعوى من المسروق والمقذوف ولا تحليف فيهما أيضاً إلا على المال المسروق فقط (٧).

(١٣-١٤-١٥) الإيلاء والظهار وحرمة المصاهرة : في الشهادة بحرمة المصاهرة والإيلاء والظهار يشترط أن يكون المشهود عليه حاضراً وبعضهم قال لا تقبل بدون الدعوى (٨)

(١٦) الرضاع : يمكن إلحاقه بحرمة المصاهرة. الرضاع حجته حجة المال وهي شهادة عدلين أو عدل وامرأتين لكن لا تقع الفرقة إلا بتفريق القاضى لتضمن الشهادة إبطال حق العبد وهو حل التمتع فلا بد من القضاء. وهل يتوقف ثبوته على دعوى المرأة؟ الظاهر لا لتضمنها حرمة البضع وهي من حقوقه تعالى. (٩)

(١٧-١٨) عتق العبد وتديير العبد : فيه خلاف ولا موجب الآن لبحث هذا الخلاف.

(١٩) تجريح الشاهد حسبة : وهل يقبل تجريح الشاهد حسبة ؟ الظاهر نعم لكونه حقاً لله تعالى. يحتمل لفظ حسبة أن يكون تميزاً عن الشاهد وعن تجريح فإن كان الثانى كان المعنى أن المجرح يفعل ذلك حسبة لله تعالى. أقول وإن كان فهو خارج عن موضوعنا هنا ويكون التجريح من المشهود عليه وهو مقبول بشروط (١٠)

توجه اليمين في دعوى الحسبة

هذا والمقرر في حكم الدعوى أن المدعى عليه إذا أنكر وعجز المدعى عن البينة أو

(٧) الأشباه ص ٣٥٨، ٣٨٤، ٣٩٣

(٨) الحموى ص ٣٨٥.

(٩) التنوير والدر ورد المختار في باب الرضاع.

(١٠) راجع الجرح والتعديل في باب الشهادة، والأشباه أخذ به تعليلاً واستظهاره مبنى على ما أخذه من كلامهم لا عن نقل صريح.

ردت بينته لسبب من الأسباب كان له حق توجيه اليمين إلى المدعى عليه بواسطة القاضى رجاء النكول وأنه ليس للمقاضى أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه.

ولكن فى المواضع التى تقبل فيها الشهادة حسبة ويجوز فيها توجيه اليمين إلى المدعى عليه للمقاضى أن يوجه إليه اليمين عن طريق الحسبة ذلك أن شاهد الحسبة لا حق له فى هذا الطلب كما هو ظاهر وإنما وظيفته الشهادة لا غير وعلى القاضى الواجب فى المحافظة على حقوق الله تعالى بالطريق الذى شرعه الشرع وأراه الله إياه.

فقد صرح الفقهاء أن للمقاضى أن يحلف فى حقوق الله تعالى بدون دعوى (١١) ولو كان فى دعوى الحسبة مدعى أصلى كأن تدعى امرأة أن زوجها طلقها طلاقاً ثلاثاً (مثلاً) وعجزت عن إثبات ذلك بالبينة كان لها الحق فى توجيه اليمين إلى زوجها رجاء النكول لأجل التوصل إلى حقها وهو خلوص عصمتها لها وعودة الحقوق التى سلبها الزواج إياها وفك قيوده عنها وإذا لم تطلب من القاضى توجيه اليمين فهل له أن يوجه اليمين إلى المدعى عليه من تلقاء نفسه محافظة على حقوق الله تعالى ؟ الظاهر نعم وهو ما يؤخذ مما تقدم من كلامهم لأن المرأة إذا عجزت عن إثبات حقها أو كانت قادرة وتركته لسبب ما فالقاضى لا يترك حق الله تعالى وإلا كان أثماً.

تأخير شهادة الحسبة

واعلم أن شاهد الحسبة إذا أخر شهادته بلا عذر يفسق ولا تقبل شهادته نصوا عليه فى الحدود وطلاق الزوجة وعتق الأمة وظاهر ما فى الفقه أنه فى الكل (١٢) ومن الأعذار البعد عن المحاكم ومرض الشاهد وخوفه. ويشترط لتحقيق فسق هذا الشاهد أن يكون عالماً بوجود المنكر وهو ساكت أما إذا كان جاهلاً به وعلم بعد

(١١) أنظر التكملة ص ٣٠٨، الفتاوى الهندية جزء خامس ص ١٤

(١٢) الظهيرية الرسالة الخامسة والعشرين من رسائله المطبوعة فى الأستانة ص ٧٨ - ٧٩ وفيها نقول تؤيد ما استظهره من أن كل شاهد حسبة أخر بلا عذر لم تقبل شهادته.

ذلك فشهد، فشهادته مقبولة لعدم الفسق إذ لاقدرة على الشهادة بدون العلم بما يشهد به والقدرة شرط التكليف فطلب الأداء إنما يتوجه إليه إذا علم.
ومثل تأخير الشهادة لعذر تأخرها لتأويل كما لو شهدوا عن المشتري بعد معايتهم بناء الأرض المشتراة أنها مسجد لانهم ربما تأولوا مذهب محمد أنه يجوز بيع المسجد إذا خرب (١٣).

هل يعتبر شاهد الحسبة مدع

قال فى الأشباه (ص ٣٩٤) لنا شاهد حسبة فى أربعة عشر موضعاً وليس لنا مدع حسبة إلا فى دعوى الموقوف عليه أصل الوقف فإنها تسمع عند البعض والفتوى على أنها لاتسمع الدعوى إلا من المتولى الوقف فإذا كان الموقوف عليه لاتسمع دعواه فالأجنبى بالأولى. وظاهر كلامهم أنها لاتسمع من غير الموقوف عليه اتفاقاً (١٤).
وقد تقدم أننا أن الشاهد حسبة لابد أن يدعى مايشهد به إن لم يكن مدع غيره فيكون مدعياً كما يكون شاهداً فكيف يستقيم هذا مع قول ابن نجيم «وليس لنا مدع حسبة الذى أجاب عن هذا العلامة ابن عابدين بجوابين (الاول) أنه لايسمى مدعياً - أى فى هذه الأربعة عشر موضعاً بخلاف دعوى أصل الوقت على القول المرجوح فإنه يسمى فيها مدعياً وفي غيرها شاهداً- (الثانى) أن مدعى الحسبة لايحلف له الخصم عند عدم البينة فلا يتحقق بدون الشهادة فليس له فى الدعوى إلا أداء الشهادة بخلاف غيره من المدعين وانظر ماقدمناه فى تحليف المدعى عليه حسبة.
والمقرر فى باب الشهادة فى فصل موافقة الشهادة للدعوى أنه لا يضر مخالفة الشهادة للدعوى فى حقوق الله تعالى.

التوكيل فى دعوى الحسبة

هل يجوز لشاهد الحسبة أن يوكل عنه وكيلاً فى دعوى الحسبة؟

(١٣) النظر تقرير الرافعى ص ٩١ ثان، وليقش على هذا المثال غيره من المسائل الخلافية

(١٤) راجع الإمام الشيخ أحمد ابراهيم المرافعات، الخصم فى دعوى الوقف فففيه الموضوع مستوفى.

الذى يظهر مما سبق أنه لا يجوز له ذلك لسببين:

(الأول) أنه فى الحقيقة شاهد وليس مدعياً فلا معنى لتوكيله من ينوب عنه فى الدعوى.

(الثانى) أن معنى التوكيل تسليط غيرك على أن يتصرف فيما من حقت التصرف فيه فهو منك يستمد هذا الحق بسبب التوكيل الذى لولاه لكان مقيداً عنه يوضحه أن التوكيل من الإطلاقات كما هو معلوم والمشهود به حسبة هو من حقوق الله تعالى وصورة هذه الحقوق والدفاع عنها واجب على الناس كلهم على السواء فكل واحد خصم فيها وليس أحد أولى بها من أحد فلا معنى إذا لأن توكل شخصاً فى أمر يملكه هو لا من قبلك، كما تملكه أنت تماماً أليس هذا تحصيل حاصل.

وليس أمام الشاهد حسبة إذا كان لا يستطيع الحضور أمام القضاء إلا طريق واحد وهو تحميل غيره الشهادة وهذا هو الذى يملكه الشاهد فتكون المسألة من باب الشهادة على الشهادة فإذا توفرت الشروط صح ادأؤه الشهادة عن شاهد الحسبة لا على أنه وكيل بل على أنه شاهد فرع وشاهد الحسبة شاهر أصل.

والمقرر أن الوكالة لا تنصرف إلا إلى المعنى المصطلح عليه ولها شروط غير شروط الشهادة على الشهادة.

والحاصل أنه ليس لشاهد الحسبة أن يوكل عنه غيره فى الدعوى وإنما يصح له أن يحمل شهادته لغيره ليؤديها بمجلس القضاء.

اجراءات دعوى الحسبة

مدع الحسبة شاهد بما يدعيه فهو فى حقيقة الواقع شاهد وليس مدع ولذا يشترط فيه شروط الشاهد بتوافر شروط التحمل وشروط الأداء عند ادعائه بما يشهد به ولا يشترط فيه ما يشترط فى المدعى من شروط.

ومتى أقيمت دعوى الحسبة بحق من حقوق الله تعالى فإن القاضى يكون نائباً عن الله تعالى.

فعلى القاضى أن يسمع شهادة شاهد الحسبة ومن يرى سماع شهادتهم

واستجواب المدعى عليه أو عليهم. وتوجيه اليمين الحاسمة من تلقاء نفسه، إن كان لها مقتضى. فإن القاضى لا يترك حق الله تعالى وذلك حتى ولو كان هناك مدع حسبة فعلا فى حالة ما إذا ادعت زوجة أن زوجها طلقها ثلاثاً وتريد إثبات ذلك. وعلى ذلك فإن دعوى الحسبة لا تشطب ولا يرد عليها وقف ولا انقطاع ولا تقادم.

وإذا تقدمت دعوى حسبة إلى القاضى فعليه أن يفصل فيها بحكم فاصل منه للخصومة، محقق حق الله تعالى، لكن إذا توفى المدعى عليه اثناء نظر الدعوى فإنه يقضى فيها بانقضاء الدعوى أو بانتهائها.

خاتمة

قال قائل أن دعاوى الحسبة تكاد تنحصر الآن فى طلب التفريق بين الزوجين وأنا لا أحسب أن فى دعوى الحسبة بذلك قاعدة كالتى تكون لو كانت أحكام الشريعة هى المتبعة وحدها ولم تزامن أحكام القوانين الوضعية أرأيت لو أن رجلا وامرأة بلغ كل منهما سن الرشد القانونية اتفقا على أن يتعاشرا كزوجين بدون عقد زواج شرعى صحيح. أو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا ثم توافقا على أن يعيشا معيشة الأزواج بعد هذه الحرمة الغليظة. أو أن رجلاً غير مسلم تزوج بامرأة مسلمة برضاها وشهد زواجهما الباطل طائفة من المسمين بالمسلمين أرأيت لو أن شيئاً من ذلك وقع وكل ذلك يقع فعلا وحاصل الآن أكانت دعوى الحسبة تقوى على التفريق بينهما وهما يعيشان آمنين مطمئنين بين سمع القانون وبصره وهو الكفيل بحمايتهما إذا شاء فضولى أن ينغص عليهما حياتهما الطيبة، ألا يكفى أن يدفع الشر عن أنفسهما قانونا إذا قالوا إنا نراضينا أن نجتمع هكذا خليلين حريين متصافيين لا يطرُق أحدهما أبواب المحاكم ولا نريد أن يكون لها بنا علاقة فى معيشتنا.

فإذا ما رفعت دعوى حسبة بأنهما يتعاشران بدون زواج أو بأنه طلق زوجته ثلاثا أو بالتفريق بين غير المسلم والمسلمة فما كان جوابه إلا أن يقول ما أبرد هذا الفضول الذى يدخل فيما لا يعنيه. رجل وامرأة يعيشان معاً راضين باجتماعهما وكل منهما مغتبط برفيقه

يريد هذا الفضولي الثقيل أن يفرق بينهما الخ فانظر كيف جبل هؤلاء على مخالفة الشرع وحفظ الكرامة.

وجواب ذلك فإن فات بعض الفائدة من رفع دعوى الحسبة فبعضها لم يفت- وما لا يدرك كله لا يترك كله ألا يكفي أن الشرع لا يقرر لأحدهما حقا من حقوق الزوجية التي قررها للزوجين فلا ميراث ولا ثبوت نسب ولا غير ذلك من الحقوق على ما هو مبين في أحكام الزواج ألا يكفيهما خزيا أن القانون الذي يحميها يبيح أن يفسخ عقد الاجارة بعد وفاة المستأجر أليس في هذا إقرار من القانون يندس جوارهما ولو في الجملة، ولا يقرر صحة ما اتفقا عليه مخالفاً للقانون والنظام العام. وأن السواد الأعظم من الناس يحتقرهما وأن قانون الآداب آلم وأوجع من قانون العقوبات فلا يستطيعان أن يعيشاً غير منغصين. إلا إذا فقدوا شعورهما وإحساسهما بالعزة وكرامة النفس واستسلما لمعيشة مادية وإذا لم تستح فاصنع ما شئت. على أن بقية من الحياء والديانة في أكثر الناس الذين لم يندسهم التفرنج الأعمى تحول بينهم وبين ما وصفت فلا يقدم على ذلك إلا من فسد مزاجه واختل عقله. ولا أحسب هذا الصنف الثاني إلا قليلا وأن في قلبه لبقية أمل لبناء التراث الأخلاقي من أن يتداعى وللفضيلة من أن تنهار، والله ولي الأمر كله.

الفرع الثالث

التعليق على القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦
بشأن تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة
في مسائل الأحوال الشخصية
والقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦
بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات

أولاً: القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦

صدر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن إجراءات مباشرة دعوى الحسبة في مسائل الأحوال الشخصية ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩ يناير سنة ١٩٩٦ وعمل به اعتباراً من ٣٠ يناير سنة ١٩٩٦ اليوم التالي لتاريخ النشر، إعمالاً للمادة الثامنة منه.

ولنا تعليق على بعض مواد هذا القانون.

وهاك نص القانون بعد الديباجة:

(المادة الأولى)

تختص النيابة العامة وحدها دون غيرها. برفع الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة، وعلى من يطلب رفع الدعوى أن يتقدم ببلاغ إلى النيابة العامة المختصة يبين فيه موضوع طلبه والأسباب التي يستند إليها مشفوعة بالمستندات التي تؤيده.

وعلى النيابة العامة بعد سماع أقوال أطراف البلاغ وإجراء التحقيقات اللازمة أن تصدر قراراً برفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية المختصة أو بحفظ البلاغ. ويصدر قرار النيابة العامة المشار إليه مسبباً من محام عام، وعليها إعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

(المادة الثانية)

للنائب العام إلغاء القرار الصادر برفع الدعوى أو بالحفظ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، وله فى هذه الحالة أن يستكمل ما يراه من تحقيقات والتصرف فيها إما برفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية المختصة أو بحفظ البلاغ، ويكون قراره فى هذا الشأن نهائياً.

(المادة الثالثة)

إذا قررت النيابة العامة رفع الدعوى على النحو المشار إليه فى المادتين السابقتين تكون النيابة العامة هى المدعية فيها، ويكون لها ما للمدعى من حقوق وواجبات.

(المادة الرابعة)

لا يجوز لمقدم البلاغ التدخل فى الدعوى، أو الطعن فى الحكم الصادر فيها.

(المادة الخامسة)

تنظر الدعوى فى أول جلسة بحضور ممثل النيابة العامة ولو لم يحضر المدعى عليه.

(المادة السادسة)

تحيل المحاكم من تلقاء نفسها ودون رسوم ما يكون لديها من دعاوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة والتي لم يصدر فيها أى حكم إلى النيابة العامة المختصة وفقاً لأحكام هذا القانون، وذلك بالحالة التى تكون عليها الدعوى. ويعلن قلم الكتاب أمر الإحالة إلى ذوى الشأن.

(المادة السابعة)

يلغى كل حكم يخالف هذا القانون.

(المادة الثامنة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.

واليك التعليق على القانون:

المادتين الأولى والثانية: الأصل كما جاء بالفرعين الأول والثاني من هذا الفصل هو أنه يجب على كل من رأى اعتداء على حق من حقوق الله تعالى أن يتقدم بشهادته مدعياً حسبة، والتقدم هذه الشهادة يكون لولى الأمر أو والى المظالم أو إلى القاضي أو لمن يخصصه ولى الأمر لسماع هذه الشهادة ومباشرة مثل هذه الدعاوى ومن الأمور المسلم بها فى الشريعة الإسلامية أن لولى الأمر أن يخصص القاضي بزمان معين أو مكان معين أو نوع معين من القضايا أو قضية واحدة بذاتها.

فإذا خص المشرع فى دعاوى الحسبة النيابة العامة وهى فرع من القضاء بتلقى البلاغات وتحقيقها للتأكد من جديتها ثم حفظها أو إحالتها إلى المحكمة ومباشرة الإدعاء فيها نيابة عن المجتمع فهذا من الأمور التى لا مخالفة فيها لأحكام الشريعة الإسلامية، وإنما هو نوع من تنظيم إجراءات التقاضى ، خاصة وإن النيابة العامة تتولى حسبة نيابة عن المجتمع التحقيق فى جميع المسائل الجزائية وبعض مسائل الأحوال الشخصية.

وقد نص القانون على أنه بعد إصدار النيابة العامة قرارها عليها إعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

والمقصود قانوناً وشرعاً بـ (ذوى الشأن) هنا هم المشكو فى حقهم المدعى عليهم أما الشاكي مقدم البلاغ فهو مجرد شاهد بما يدعيه ولا يعتبر من ذوى الشأن فى دعوى الحسبة إذ يقتصر دوره على أداء شهادته أو تقديم ما قد يكون لديه من مستندات، وهو ليس خصماً حقيقياً فى الدعوى.

وهو وإن كان طرفاً فى البلاغ بتقديمه إياه ألا أنه ليس طرفاً فى الدعوى.

وسياتى تفصيل ذلك عند الكلام عن المادة الرابعة.

وقد ورد ذلك كله بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون.

والنص فى المادة الثالثة: بأن تكون النيابة العامة هى المدعى فى الحسبة ويكون لها ماله من حقوق وعليها ما عليه من واجبات هذا النص لا يغير من طبيعة دعوى الحسبة وإن كان قد أوكل للنيابة العامة باعتبارها الممثلة لمصالح المجتمع والحفاظ على

حقوقه بان تقوم بدور المدعى فى دعوى ليس فيها مدع أصلاً. بان تقدم المعونة والمساعدة للقاضى المنوط به الحفاظ على حقوق الله تعالى.

ولا ينال هذا النص من حق المحكمة وواجبها فى الحفاظ على حقوق الله من أن تمارس ما أباحه لها الشرع وألزمها به من وجوب فحص جميع الأدلة والمستندات المقدمة فى الدعوى وجمع أية أدلة أو مستندات ترى لزوم ضمها للدعوى لبيان وجه الحق فيها ومالها من حق وعليها من التزام باستجواب المدعى عليه أو عليهم فيها وتوجيه اليمين الحاسمة أن كان لها محل من تلقاء نفسها للوصول إلى إحقاق حق الله تعالى.

ولا ينال من ذلك ما قد يقوله قائل أن المادة السابعة من القانون قد نصت على إلغاء كل حكم يخالف أحكامه. ذلك أن القانون لم ينص على سلطة المحكمة عند نظر الدعوى أو يبين حقوقها أو واجباتها وطرق الطعن فيها.. وإنما اقتصر على أن تبدأ الدعوى بتقديمها إلى النيابة العامة باعتبارها هى ممثلة للمجتمع لإجراء تحضيرها وإعدادها ثم تقديمها إلى المحكمة على ماسبق بيانه.

والنص فى المادة الرابعة: بعدم جواز تدخل مقدم البلاغ فى الدعوى أو الطعن فيها. نص مطابق وموافق لأحكام الشريعة الإسلامية على ماسبق بيانه من أن مدع الحسبة شاهد بما يدعيه فهو مدع مجازاً فهو ليس مدع فى الدعوى وإنما هو مدع بما يشهد به وليس له من الحقوق سوى سماع شهادته وهى الواجب عليه أداؤها وتقديم ما قد يوجد لديه من مستندات للحفاظ على حقوق الله تعالى هذا ما قضت به الشريعة الإسلامية الراجع من المذهب الحنفى المعمول به طبقاً للمادة ٣ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

ولم يكن هناك موجب لإيراد هذا النص من القانون لولا أن الحكم الاستثنائى الصادر فى الدعوى رقم ٢٧٨ لسنة ١١١ فى القاهرة أحوال شخصية قد تضمن تقريراً قانونياً خاطئاً وأنتهى بقضاء غير صحيح بقبول الاستئناف شكلاً رغم أن المستأنف لصفة له ولاحق له فى الطعن بالاستئناف ولا يجوز له توكيل الغير بالحضور فى الدعوى والذى سايrote فيه محكمة النقض بالحكم الصادر بجلسة ٥ أغسطس سنة ١٩٩٦ فى الطعون أرقام ٤٧٥، ٤٧٨، ٤٨١ لسنة ٦٥ ق

أحوال شخصية وإيرادها تقريراً قانونياً خاطئاً بقولها «فلا يقبل القول بانتقاء مصلحة رافع هذه الدعوى طالما تحققت شروط الحسبة لأنه مطلوب منه شرعاً الاحتساب فيكون شاهداً فيها لإثباتها وقائماً بالخصومة في آن واحد، وله ما للخصم من حق إبداء الطلبات والدفع وواجه الدفاع ومتابعة السير في الدعوى حتى يحسم النزاع». وتقريرها أن للشاهد ما للمدعى من حقوق تقرير شرعى وقانونى خاطيء إذ أن المقرر شرعياً وطبقاً للمذهب الحنفى المعمول به إعمالاً للمادة ٣ القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أن مدع الحسبة مدع مجازاً إذ ليس فى دعوى الحسبة مدع أصلاً وما هو إلا شاهد بما يدعيه وليس له من الحقوق إلا بقدر ما للشاهد من الحقوق والأصل فى الشاهد ألا تكون له مصلحة فى الدعوى فإن كان للشاهد مصلحة فى الدعوى فلا تقبل شهادته وترد شهادته شرعاً لأنها ليست شهادة لانتقاء شروط الشهادة فيها باشرط انعدام المصلحة فى الشاهد.

والقانون يقرر أنه لا يجوز أن يطعن فى الحكم الصادر فى الدعوى إلا من كان خصماً حقيقياً فيها والشاهد ليس خصماً فى الدعوى وهذا ماسبق الإشارة إليه بالقسم الثانى فى هذا الفصل .

المادة الخامسة: هذا النص جاء زائداً لا لزوم له أيضاً. وهو ترديداً لما جاء فى القوانين من قواعد تضمنتها نصوص قوانين المرافعات واللائحة الشرعية.

فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ الخاص ببعض الإجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية على أنه يجوز للنيابة العامة أن تتدخل فى قضايا الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الجزئية بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ المشار إليه وعليها أن تتدخل فى كل قضية أخرى تتعلق بالأحوال الشخصية أو بالوقف وإلا كان الحكم باطلاً.

ونصت المادة ٢٨٣ من اللائحة الشرعية على أنه «إذ لم يحضر المدعى عليه لانبفسه ولا بوكيل عنه بعد إعلانه فى الميعاد الذى حدد له، تسمع الدعوى وأدلتها ويحكم فى غيبته بدون أعذار أو نصب وكيل».

وهى النصوص التى كان معمولاً بها وقت صدور القانون والآن يحكمها المادتين

الأولى من قانون الاصدار ٦، من القانون الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .
وهذه القواعد العامة فضلاً عما إستقرت عليه أحكام المحاكم تغنى عن هذا النص.
المادة السادسة: هى مادة إجرائية بإحالة دعاوى الحسبة المتداولة بالمحاكم إلى النيابة العامة بالحالة التى تكون هى عليها لاتخاذ إجراءاتها فيها وفقاً لأحكام القانون. وكان الأجدر بالنص حتى تنضبط الأمور الا تحال الدعاوى التى لم يصدر فيها أى حكم فقط بل تحال جميع الدعاوى التى لم يصدر فيها حكم بات منه للخصوصية.
أما المادة السابعة: فقد نصت على أن يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون.
والواقع انه لاتوجد نصوص قانونية أو قواعد شرعية مخالفة لهذا القانون.
وكل ما هنالك أنه نظم تقديم دعوى الحسبة بدلاً من تقديمها إلى المحكمة مباشرة، تقدم أولاً إلى النيابة العامة لتحقيقها والتأكد من عدم كيديتها، ثم تحال إلى المحاكم لنظرها وفقاً للمنهج الشرعى.

ثانياً: القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦

صدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية بتاريخ ٢٢ مايو ١٩٩٦ وعمل به اعتباراً من ٢٣ مايو ١٩٩٦ اليوم التالى لتاريخ النشر إعمالاً لنص المادة الخامسة منه.
وهاك نص القانون بعد الديباجة:

(المادة الأولى)

يستبدل بتص المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ النص الآتى:
مادة ٣ .. لاتقبل أى دعوى كما لايقبل أى طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة بقرها القانون.
ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط للدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

وتتقاضى المحكمة من تلقاء نفسها، فى أى حالة تكون عليها الدعوى.. بعدم القبول فى حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرتين السابقتين.
ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن الحكم على المدعى بغرامة إجرائية لاتزيد عن خمسمائة جنيه إذا ثبتت إن المدعى قد أساء استعمال حقه فى التقاضى.

(المادة الثانية)

تضاف الى قانون المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه، مادة جديدة برقم (٣ مكررا) ، نصها الآتى:

(مادة ٣ مكررا): لايسرى حكم المادة السابقة على سلطة النيابة العامة طبقا للقانون فى رفع الدعوى والتدخل فيها والطعن على أحكامها، كما لايسرى أيضا على الأحوال التى يجيز فيها القانون رفع الدعوى أو الطعن أو التظلم من غير صاحب الحق فى رفعه حماية لمصلحة شخصية يقررها القانون».

(المادة الثالثة)

يسرى حكم هذا القانون على كافة الدعاوى والطعون المنظورة أمام جميع المحاكم على اختلاف جهاتها وولاياتها واختصاصاتها ودرجاتها وأنواعها ما لم يكن قد صدر فيها حكم بات عدا الفقرة الرابعة من المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه المعدلة بهذا القانون.

(المادة الرابعة)

يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون.

(المادة الخامسة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.

التعليق على القانون :

ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون المرافعات بعد تعديلها هو ما أخذ، وجرى به

قضاء المحكمة الدستورية العليا واستقرت عليه أحكامها منذ إنشائها إلى وقتنا هذا من وجوب توافر وقيام مصلحة للمدعى فى دعواه واستمرار هذه المصلحة حتى الفصل فى الدعوى وإلا حكم بعدم قبولها.

ويدور البحث هنا هل ينطبق هذا القانون على دعاوى الحسبة؟ وللإجابة على هذا التساؤل يتعين البحث عن طبيعة دعوى الحسبة وتحت أى نوع من أنواع الدعاوى تندرج.

الواقع أن دعوى الحسبة ليست دعوى جزائية ولا هى دعوى مدنية إنما هى دعوى من نوع خاص SUI GENERIS قائمة بذاتها ولا تماثل أى من الدعاوى الأخرى ذلك أن مدع الحسبة (شاهد الحسبة) لا يدعى بما يقول ولكن يشهد بما يدعيه وهو لا يطلب حقاً لنفسه أو لغيره، وإنما يدافع عن حق الله تعالى، الذى هو فرض كفاية، وواجب المجتمع أن يدافع عنه وعلى ذلك فإن المادة الثالثة مرافعات بعد تعديلها لاتنطبق على دعوى الحسبة وذلك لأن:

أولاً: مدع الحسبة ليس مدع حقيقية بل هو مدع مجازاً وهو شاهد بما يدعيه ولايجوز ولايقبل أن يكون للشاهد، مصلحة فى الدعوى فإن كان له مصلحة فى الدعوى فلا تقبل شهادته وترد، ولاتعتبر دعواه دعوى حسبة لأن الشرط الأساسى فيها أن مدعيها هو شاهد بما يدعيه. ويشترط فى مدع الحسبة شروط الشاهد بتوافر شروط التحمل وشروط الأداء، ولايشترط فيه أى شرط من شروط المدعى.

ثانياً: المصلحة فى دعوى الحسبة هى المحافظة على حقوق الله تعالى وهى مصلحة عامة يجب أن يحافظ عليها جميع أفراد المجتمع فهى ليست مصلحة خاصة تتعلق بشخص معين من المجتمع.

ثالثاً: أن القاضى هو المكلف بالحفاظ على حقوق الله تعالى بعد رفع الدعوى حسبة إليه.

وذلك كما سبق تفصيل ذلك بالفرع الثانى ، وعلى ما سيأتى بالفرع الرابع من هذا الفصل .

الفرع الرابع

إجراءات نظر دعوى الحسبة أمام النيابة العامة والمحاكم

ومدى سلطة كل منها

طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المعمول بها الآن

مقدمة:

إذا عرضت دعوى حسبة أثناء نظر دعوى أمام المحاكم فعلى المحكمة أن تحيل دعوى الحسبة الى النيابة العامة- طبقاً لنص المادة السادسة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦- والتي أصبحت هي الجهة المختصة برفع دعوى الحسبة إلى القضاء. وإذا أراد شخص ما أن يرفع دعوى حسبة فعليه أن يتقدم بشهادته مشفوعة بالمستندات التي تؤيدها الى النيابة العامة المختصة طبقاً لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦.

أولاً: دور النيابة العامة فى دعوى الحسبة

نص القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ على أن تختص النيابة العامة وحدها دون غيرها برفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة. والنيابة العامة هي جزء من الهيئة القضائية، تمثل المجتمع، ناط بها القانون اجراء التحقيق فى المواد الجزائية (الجنائية) ومواد الأحوال الشخصية للولاية على المال وابداء الرأى والحضور بالجلسات فى جميع مواد الأحوال الشخصية والوقف. ويكون دور النيابة العامة بالنسبة لدعوى الحسبة هو تلقى البلاغات بها من الأفراد أو تلقى دعاوى الحسبة المحالة اليها من المحاكم.

وسلطة النيابة العامة فى تحقيق دعوى الحسبة هي كسلطة القاضى فإنها تعتبر هنا والى المظالم الذى تقدم اليه الشهادة حسبة ويكون هو وكيل الله تعالى فى الحفاظ على حقوق الله. فلها وعليها سماع شهادة مقدم البلاغ - الطالب - (مدع الحسبة) وكل من ترى لزوم سماع شهادتهم أو أقوالهم وسماع دفاع المدعى عليهم وتجميع

الأدلة والمستندات للوصول إلى إحقاق حق الله تعالى.

فإذا تبين لها عدم صحة الادعاء حفظت البلاغ.

وان تبين لها أن هناك تعدى على حق من حقوق الله تعالى يستدعى إقامة دعوى الحسبة قامت برفعها أمام المحكمة المختصة.

وكل ذلك يكون بقرار مسبب يعلن به ذوى الشأن.

والجدير بالملاحظة هنا أن ذوى الشأن الذين يتم إخطارهم هم المدعى عليهم المشكو في حقهم أما مقدم البلاغ أو الشكوى أو المدعى إذا كانت الدعوى محالة من المحكمة فإنه شاهد بما يدعيه وهو ليس خصماً في دعوى الحسبة (كما سبق القول أكثر من مرة) ولا يكون بالتالى من ذوى الشأن الذين أوجب القانون على النيابة العامة إخطارهم بالقرار فإن دوره فى الدعوى ينقضى بمجرد تقديمه البلاغ ويقتصر على سماع شهادته أو تقديم مآلديه من مستندات.

ثانياً: نظر الدعوى أمام القضاء

أ- أمام محاكم الدرجة الأولى

مما سبق بيانه يتبين لنا فى الأقسام الأولى من هذا الفصل أنه طبقاً للأصول الشرعية أن مدع الحسبة هو شاهد بما يدعيه وهو مدع مجازا وليس له من حقوق المدعى سوى إقامة الدعوى أو التقدم بما يدعيه ويقتصر دوره فيها على تقديم شهادته كدعوى أى الأعداء بما يشهد به ولا يكون لشاهد الحسبة أى دور فى الدعوى بعد ذلك سوى أداء شهادته أمام المحكمة ، وهذه هى القواعد التى اعتمد عليها قانون الحسبة وأقرها فى مواده كل ما هنالك أن يتقدم الشاهد بشهادته (بدعواه) الى النيابة العامة - التى هى جزء من الهيئة القضائية - بدلاً من تقديمها مباشرة الى المحكمة - والتى تتولى هى إحالتها الى المحكمة بعد التأكد من عدم كيديتها.

ويكون القاضى (المحكمة) هو وكيل الله تعالى فى الحفاظ على حقوق الله، وسلطة المحكمة (كما سبق القول) فى دعوى الحسبة سلطة واسعة ومطلقة فلها وعليها جميع الأدلة أى دليل للوصول إلى إحقاق حق الله تعالى فى الدعوى فلها

سماع الشهود سواء مدع الحسبة وغيره ممن ترى سماع شهاداتهم واستجواب المدعى عليهم وتوجيه اليمين الحاسمة من تلقاء نفس المحكمة أو اليمين المتممة إن كان لكل ذلك وجه فى الدعوى فلا تقتصر على مجرد الأدلة التى قدمت اليها وانما سلطتها وواجبها فى ذلك لا يحدهما قيد للوصول إلى إحقاق الحق والحفاظ على حقوق الله تعالى.

ودعوى الحسبة لاتوقف ولاينقطع السير فيها ولاتشطب وإنما تنظرها المحكمة الى ان تفصل فيها بحكم قطعى فاصل فى الدعوى اللهم إلا اذا توفى المدعى عليه فى دعوى الحسبة قبل صدور الحكم القطعى فيها فانها تحكم فيها بإنقضاء الدعوى، او بانتهائها.

ب - أمام محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف)

إذا طعن فى الحكم الصادر من محكمة أول درجة فى دعوى حسبة فإن محكمة الاستئناف وهى محكمة موضوع لها كل ما لمحكمة الدرجة الأولى وعليها كل ما عليها من حقوق وواجبات للوصول الى إحقاق حق الله تعالى بحكم قطعى فاصل فى النزاع.

ولا يقتصر دورها على ما رفع عنه الاستئناف فقط وإنما تبحث الموضوع من جميع نواحيه ولا تقتصر أيضاً على الأسباب التى أبدت للاستئناف وإنما تتسع الدعوى أمامها لبث جميع جوانبه سواء ما رفع عنه الاستئناف او باقى الموضوع الذى لم يرفع عنه الاستئناف ولا تقتصر فى بحثها عن الحق على ما أبدى من أسباب الاستئناف وإنما مجال الموضوع مفتوح أمامها لبحثه ومناقشة الأدلة وسلطتها فى سماع من تشاء من شهود واستجواب الخصوم وتوجيه اليمين وخلافه من تلقاء نفسها سلطة واسعة مطلقة لا يحدها سوى بحثها عن احقاق الحق للوصول الى الحفاظ على حق الله تعالى.

فالاستئناف ينقل دعوى الحسبة برمتها الى محكمة الاستئناف ويكون لها جميع ما لمحكمة اول درجة من اختصاص وسلطة على ما سبق بيانه:

ج:- الطعن امام محكمة النقض:-

يقتصر دور محكمة النقض فى النظام القضائى المصرى على تطبيق صحيح القانون وبحث ما اذا كان قد وقع بطلان فى الحكم او بطلان فى الاجراءات اثر فى الحكم وهذا هو مايسرى ايضاً عند الطعن على الحكم الصادر فى الدعوى المرفوعة عن طريق الحسبة.

ولكن يلاحظ هنا أن قاضى محكمة النقض ككل قاضى موكل له الحفاظ على حقوق الله تعالى واذا ما رفعت الدعوى حسبة فإنه هو المنوط به الحفاظ على حق الله تعالى، ذلك انها دعوى تمس الصالح العام وتحافظ على حقوق الله تعالى التى هى من النظام العام، فلا يقصر بحثه فى الدعوى على الاسباب التى وردت بأوجه الطعن وانما يتسع المجال امامه لبحث أى عوار لحق بالحكم المطعون فيه سواء من ناحية تطبيق صحيح القانون أو اتباع الاجراءات القانونية الصحيحة.

وهذا ليس حق للمحكمة بل هو واجب عليها لتؤدى دورها فى احقاق الحق والحفاظ على حقوق الله تعالى فاذا تبين لها وقوع اى مخالفة أو خطأ فى تطبيق القانون او تاويله او بطلان فى الحكم أو الإجراءات اثر فى الحكم سواء تضمنتها أوجه الطعن واسبابه او تبينتها المحكمة عند فحص الطعن فعليها أن تقضى بنقض الحكم المطعون فيه واحالة الدعوى الى محكمة لموضوع او ان تفصل فى موضوع الدعوى ان كان صالحاً للفصل فيه.

وهذا ما أخذ به القانون وجرى عليه نص المادة ٢٥٣ مرافعات فى فقرتها الثالثة.. ومع ذلك فالأسباب المبنية على النظام العام يمكن التمسك بها فى أى وقت وتأخذ المحكمة بها من تلقاء نفسها».

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الحسبة فعل مايحتسب عند الله من فروض الكفاية، صدورها عن ولاية شرعية أصفها الشارع على كل من أوجبها عليه. (١).

(١) الطعن رقم ٢٠ سنة ٣٤ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٦٦/٣/٢٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص ٧٨٢

- دعوى الحسبة . لاتقبل شرعاً إلا فيما هو حق الله تعالى أو فيما كان حق الله فيه غالباً بإعتبار أن هذه الحقوق هي مما يجب على كل مسلم المحافظة عليها والدفاع عنها فمن رأى معروفاً ظهر تركه أو منكرأً ظهر فعله، وجب عليه أن يتقدم إلى القاضي بالدعوى أو يستعد المحتسب أو والى المظالم ليقيم الدعوى. (٢).

- الحسبة. فعل ما يحتسب عند الله من أمر بمعروف ظهر تركه أو نهى عن منكر ظهر فعله وهى من فروض الكفاية وتصدر من ولاية شرعية أصلية. (٣).

- خلو القانون من النص على حكم مسأله من مسائل الأحوال الشخصية، لايعنى أن المشرع أراد أن يخالف نصاً فى القرآن. دعوى الحسبة يتعين الرجوع فى شأن قبولها إلى الراجع فى مذهب الإمام أبى حنيفة. (٣).

(٢) الطعن رقم ٢٤ سنة ٥٠ ق أحوال شخصية جلسة ١٢/٨/١٩٨١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٢ ص ٢٢٥٢

(٣) الطعون ارقام ٤٧٥، ٤٧٨، ٤٨١ سنة ٦٥ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٥/٨/١٩٩٦

مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٧ ص ١١٣٤

الفصل الثالث عشر

نبذة تاريخية

نظرة عامة

(فيما ورد في اللائحة الشرعية بشأن الشهادة)

رأيت الابقاء على هذا البحث لما فيه من فائدة ولمن أراد الإستزاده ومعرفة ماكان عليه العمل .

ألغيت بعض مواد اللائحة الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وألغيت باقى المواد بإلغاء اللائحة الشرعية بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

اشتملت اللائحة على اثنتين وعشرين مادة فى بيان ماتختص به الشهادة من الأحكام نظاما . وتركت الباقي للمادة (٢٨٠) ليرجع فيه إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة .

وهذه المواد تبدأ بالمادة (١٧٢) وتتهى بالمادة (١٩٣) وهاك جملة القول فيها (١) .

المادة (١٧٢) يجوز إثبات الدعوى بشهادة العدول، مع مراعاة ما هو مدون بالمادة ١٣٨ . وقد تضمنت هذه المادة شيئين (أولهما) جواز إثبات الدعوى بشهادة العدول (وثانيهما) مراعاة مانصت عليه المادة ١٣٨ وهذه المادة هى المادة (١٧٠) من لائحة سنة ١٩١٠ والمادة ٣٩ من لائحة سنة ١٨٩٧ .

المادة (١٧٣) بينت تعزيز الشاهد إذا امتنع عن الحضور إلى المحكمة لتأدية الشهادة أو حضر وإمتنع عن الأداء، وقبول عذره إذا كان صحيحاً .

(١) ألغيت المواد ١٧٢ - ١٧٨ - ١٨٠ - ١٨٢ - ١٩٣ من اللائحة بالقانون ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ ، الذى إلغى بدوره بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

وهذه المادة هي نفس المادة السادسة من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٠ ولم يكن لما تضمنته من الأحكام وجود بالمحاكم الشرعية قبل ذلك (٢).

المادة (١٧٤) تتضمن سؤال القاضى للشهود. وفيها أن اليمين لا تجب فى شهادة الاستكشاف (٣).

المادة (١٧٥) تضمنت هذه المادة موضوع موافقة الشهادة للشهادة وموافقة الشهادة للدعوى، وقد قدمنا شرح ذلك بما فيه الكفاية .

المادة (١٧٦) نصت على أنه إذا أغفل الشاهد شيئاً يجب ذكره سأله القاضى عنه، ولا يعد ذلك تلقيناً إلا إذا كان مما يزيده علماً أهـ.

(٢) وهنا مسألة يجب أن تبحث بحثاً وافياً إذا حكم على الشاهد بغرامة وأمتنع أو عجز عن أدائها فهل تتحول إلى عقوبة بدنية بالحبس؟ جاء فى شرح اللائحة أنه لا يسوغ التنفيذ من أجل ذلك بالإكراه البدنى بل يكون اقتضاؤها من مال المدين بالطرق المقررة لتحصيل الرسوم.. واستند الشرح فى هذا إلى منشور الحاقية رقم ٤٣ سنة ١٩٢٢ وهذا محل نظر لأن هذه الغرامة عقوبة وليست ديناً مدنياً. ثم ما حكم الغرامات التى يحكم بها على الشهود فى المسائل الجنائية لأحد السببين السالفين أ تكون ديناً مدنياً أيضاً أم يصح عند الامتناع أو العجز أن تتحول إلى عقوبة بدنية بالحبس، وإذا كان بينهما فرق فما وجهه مع اتحاد العلة؟

(٣) جاء فى لائحة سنة ١٩١٠ فى المادة (١٧٣) مانصه: إذا أغفل الشاهد فى شهادته لفظ أشهد سأله القاضى اتشهد بذلك فإذا قال أشهد به كان ذلك كافياً. ولا يشترط فى شهادة الاستكشاف لفظ أشهد بل يكفى فيها مجرد الأخبار ممن يوثق به. وجاء فى المذكرة الإيضاحية أن الفقرة الثانية من هذه المادة زيادة قصد بها حكم شرعى خفى على كثير من القضاة فى حوادث كثيرة فكانوا يحتمون لفظ أشهد فى كل شهادة فإذا لم يأت بها الشاهد بطلت شهادته. مع أن الشهادة تنوع شرعاً إلى نوعين، شهادة يقصد بها إثبات الحق فى المدعى به وهى الشهادة المقصودة بين الناس، وشهادة لا يقصد منها الإثبات بل يقصد منها الاستكشاف الحال فقط بعد الإثبات كما فى مسائل النفقات فإنه بعد أن يثبت للزوجة على زوجها حق الاتفاق ويريد القاضى أن يقرر لها نفقة يحتاج إلى أن يعرف حالة الزوجين يساراً وإعساراً ويستكشف ذلك ممن له معرفة بحالهما. فهذا النوع من الشهادة لا يشترط فيه شرعاً لفظ أشهد، فقصد بذكر هذا الحكم تنبيه القضاة إليه. أه أقول قد استبدلت اليمين بلفظ أشهد كما أسلفنا. والآن أصبح الحكم بالنفقة مراعى فيه حالة الزوج المالية وحده.

وهذا عمل حسن لأن الشاهد فى الغالب لا تستوعب ذاكرته كل جزئيات الموضوع الذى يشهد فيه وقد يهمل بعضه سهواً أو يعتقد أنه غير لازم، خصوصاً وقد حتم قانون المرافعات (٤) على الشاهد أن يؤدى شهادته شفويّاً غير مستعين بورقة يتلوها تلاوة. وأن كان قد رخص له فى مراجعة مذكرته لبيان التواريخ ونحوها معا قد ينسى غالباً وقد يطول به العهد.

ولما كان السؤال الموجه من القاضى إلى الشاهد لا يتضمن تلقينا فهو جائز شرعاً لأنه ليس فيه إعانة لأحد الخصمين على الآخر.

المادة (١٧٧) يكفى فى تعيين المشهود له أو المشهود عليه ذكر ما يعرف به ولو الاسم والشهرة فقط أهـ.

أى ولا حاجة إلى ذكر الأب والجد إذا حصل التعريف بغير ذلك خلافاً لما كان يفعله بعض الجامدين من القضاة.

أنظر تقرير الأستاذ الامام، ففيه ما هو العجب فى هذه المسألة. وأنظر ماتقدم. المادة (١٧٨) إذا ذكر الشاهد الحدود وأخطأ فى مقدار المساحة قبلت شهادته أهـ. وذلك لأن العقار المشهود به يكفى لتعيينه ذكر حدوده فبذلك يتميز عن غيره ولا يلتبس الأمر فيه.

وذكر المساحة نافلة ثم الشاهد بعد ذلك لم يكلف علم الحساب بل الواجب عليه تعيين محل النزاع بدون لبس ولا اشتباه.

المادة (١٧٩) تكفى شهادة الاستكشاف فى القضاء بالنفقات بأنواعها وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن والشروط التى يتوقف عليها القضاء بشىء مما ذكر أهـ. أنظر ماتقدم وهذه المادة هى المادة ١٧٧ من لائحة سنة ١٩١٠ وقد جاء فى مذكرتها الإيضاحية أنها مادة جديدة أى أنها لم تكن فى لائحة سنة ١٨٩٧ وضعت لبيان حكم شرعى لم ينتبه له الكثير من القضاة.

وجرى العمل فى قضايا النفقات وما يتعلق بها كأجرة الحضانة والرضاع على أنه لا بد من شهادة الاثبات عند إنكار الحق المدعى به كبقية القضايا وترتب على ذلك مشقة كثيرة على أرباب هذه القضايا وغالبهم من النسوة.

(٤) أنظر المادة (٩٠) اثبات وشرحها.

وذلك لما يلزم شهادة الاثبات شرعاً من الشروط الكثيرة التي ربما لا تيسر للخصم الذي يغلب عليه العجز في القضايا التي يلزم الإسراع في الفصل فيها لئلا يضيع الغرض المقصود منها. أما شهادة الاستكشاف فلا يشترط لها ما يشترط لشهادة الاثبات. فالقاضي يمكنه أن يستكشف من أهل الخبرة من غير أن يكلف الخصم احضارهم وتزكيتهم والجمع بينهم وبين الخصوم. ومن ومن غير أن يلزمهم بلفظ أشهد (هـ) وغير ذلك. فقصد بوضع هذه المادة تنبيه القضاة إلى هذا الحكم.

المادة (١٨٠) تكفي الشهادة بالدين وأن لم يصرح ببقائه في ذمة المدين.، وكذا الشهادة في العين أهـ.

هذه المادة هي المادة ١٨٧ من لائحة سنة ١٩١٠ وقد جاء في مذكرتها الإيضاحية أنها مادة جديدة بين فيها حكم شرعى قد يخفى أيضاً على بعض القضاة فكان لا يقبل الشهادة بالدين إلا إذا صرح بأنه باق في ذمة المدين إلى الآن. ولا يقبل الشهادة في العين فيما إذا ادعى شخص على آخر بأن العين التي في يده ملكه إلا إذا صرح الشاهد أيضاً بأن العين باقية على ملك المدعى إلى الآن.، مع أن الشرع لا يحتم ذلك لأنه يكفي في إثبات الدين الشهادة بأنه كان موجوداً في وقت من الأوقات.، وعلى المدعى عليه الذي يريد أن يدعى بسداده بعد ذلك أن يثبت دعواه لأنها دعوى جيدة أهـ..

أقول متى ثبت السبب الموجب للدين بدليله فإن الدين يعتبر باقياً في ذمة المدين بعد ذلك حتى يقوم الدليل على فراغ ذمته منه. فالسبب ثبت بالدليل المبني على معاينته أو على معاينة اليد في الأملاك، والبقاء في كل من الدين والملك ثابت بحكم الاستصحاب في الأملاك. والبقاء في كل من الدين والملك ثابت بحكم الاستصحاب وانظر ماتقدم ومثل دعوى الدين والعين في المادة (١٨٠) دعوى الوصية والإيصاء في المادة (١٨١) الآتية وكذا دعوى الزوجية فمن ادعى انقطاعها فعليه هو الدليل على انقطاعها وليس على الزوجة إلا إثبات العقد الصحيح وبعد ذلك تعتبر الزوجية باقية بحكم الاستصحاب لأنها أثر لذلك العقد فلا تكلف

(هـ) لاتنس ماتقدم في المادة (١٧٤) مع التعليق عليها.

الزوجة ولا وارثها بعد موتها إقامة الدليل على بقائها وكذلك الحكم فى سائر الأساليب التى لها آثار شرعية تترتب عليها فإنه يكفى لثبوتها الدليل على وجود السبب وأما آثار شرعية تترتب عليها فإنه يكفى لثبوتها الدليل على وجود السبب وأما آثارها فبقاؤها بحكم الاستصحاب. وأنا أرى أن هذا يكاد يكون من البديهيات وأنى لمندهش جداً من أن بعض قضاة الشرع يحوجون مثل وكيل الحقانية إلى لفت نظرهم إلى هذا الأمر الذى هو فى غاية الوضوح ولا يلىق بطالب علم شرعى أن يجهله فضلاً عن قضاة الشرع. وللأستاذ الشيخ محمد بخيت مفتى مصر السابق مقال نشر فى مجلة المحاكم الشرعية التى كان يصدرها حسن بك حمادة المحامى الشرعى رحمه الله وقد تضمنت تلك المقالة وصفاً لأمر محزنة مخزية لاتلىق بالمحاكم الشرعية وتنفر منه العقول السليمة أشد النفور ويرأ منها الشرع الإسلامى كل البراءة.

المادة (١٨١) تكفى الشهادة بالإيضاء والوصية وإن لم يصرح باصرار الوصى إلى الوفاة أهـ.

وهذه المادة هى المادة ١٧٩ من لائحة سنة ١٩١٠ وجاء فى المذكرة الإيضاحية أنها تضمنت حكماً شرعياً قد خفى على بعض القضاة فلا يقبل الشهادة بالإيضاء أو الوصية إلا إذا قال الشاهد أن المتوفى مات وهو مصر على ذلك. مع أن هذا غير لازم شرعاً أه أقول أنظر ماتقدم تعليقا على المادة ١٨٠ ففيه الكفاية.

وفى شرح اللائحة ملاحظة على هذه المادة من المفيد جداً أن أذكرها هنا نقلاً عن الشرح. قال مؤلفا الشرح يلاحظ هنا على هذه المادة (٦) أنها قد تتعارض مع المادة (١٠٠) (٧) إذ من شروط هذه أن دعوى الوصية أو الإيضاء إلخ لاتسمع إلا بالأدلة الكتابية المبينة هناك مع أن مقتضى المادة ١٧٩ أن الشهادة مقبولة فهل هناك تعارض حقيقى بين المادتين؟ والجواب أن المناقشة التى دارت حول ذلك بمجلس شورى القوانين تفيد أن المادة ١٧٩ لم توضع إلا لغرض خاص وهو ما إذا دعت الحالة إلى تقوية الدليل الكتابى بشهادة الشهود فإنها تكون مقبولة ولو لم يصرح الشاهد بأن الموصى مات وهو مصر. وفى هذا من الحذق فى وضع الأحكام مالا يخفى.

(٧،٦) لاتنس تغير أرقام المواد فى اللائحة الحالية

لأن هذا النص أريد به الخروج عما كان متبعاً من قبل وهو تكليف مدعى الوصية إثبات أن الوصى بقى مصرّاً إلى أن مات.

أما والنص كما تقدم فقد أصبح عدم الاصرار هو العارض فعلى من يدعيه إقامة الدليل عليه (راجع محاضر مجلس شورى القوانين سنة ١٩٠٩ - ١٩١٠ صفحة ٥٢٦) أهـ.

المادة (١٨٢) يسأل القاضى الشاهد عن الأمانة والأمكنة وغيرها وعن طريق علمه بالمشهود به وكيفية وصوله إليه وعن مجلس الشهادة وغير ذلك مما تعين به درجة شهادته بدون حاجة إلى التزكية أهـ.

راجع ماتقدم ثم أقول إذا بين الشاهد للقاضى أن شهادته مبنية على السماع فماذا يكون الحال؟

وجاء فى شرح اللائحة تعليقا على المادة (١٨٠) التى هى أصل لهذه المادة أن الأسئلة التى توجه من القاضى إلى الشاهد موكولة إلى حذق القاضى وفطنته وإلى ذوقه السليم، فيصح أن يسأله عن مجلس الشهادة أين كان. وإذا كان فى البيت ففى أية طبقة من طبقاته كان العقد، ومن الذين كانوا معه بالمجلس. وهل أكلوا أو شربوا وأى شئ أكلوا وشربوا وما إلى ذلك مما شأنه أن يبقى له أثر فى الذاكرة ولا ينس إلا بعد زمن طويل. ولكن التغالى أدى ببعض القضاة إلى توجيه أسئلة عن بعض أشياء قلما يتفق فى الإجابة عنها اثنان فى مجلس واحد لأنها تغيب عن الذهن بسرعة أو مما لا يلتفت إليه عادة كنوع الملابس وألوانها والفراش وشبابيك الحجرة والستائر وما فرشت به أرض الحجرة وعدد ما فيها من الكراسى والمقاعد ونوعها وألوانها وما إلى ذلك من هذه السخافات وأشباهها. وقد أصدرت وزارة الحقانية منشوراً يلفت نظر القضاة إلى هذا فى ١٦ يناير سنة ١٩٢١ إنتهى ملخصاً ببعض زيادة مما علمته بنفسى.

المادة (١٨٣) للمشهود عليه أن يبين للقاضى ما يخل بشهادة الشاهد شرعاً، وكذلك له أن يوجه إلى الشهود بواسطة رئيس الجلسة الأسئلة التى يرى لزوم سؤالهم عنها، وعلى الرئيس أن يوجه تلك الاسئلة إلا إذا رأت المحكمة أنها غير مفيدة فتقرر رفضها مع تدوين ذلك كله بالمحضر أهـ.

أقول بيان المشهود عليه مايخل بشهادة الشاهد شرعاً يرجع فيه إلى ماتقدم في شروط الشهادة سواء أكان ذلك في الشاهد أو في المشهود به.. إلخ والمرجع في هذا هو مذهب أبى حنيفة وما إستثنى عملاً بالمادة (٢٨٠).

كذلك من الحق والعدل أن يوجه المشهود عليه أسئلة إلى الشاهد محافظة على مصلحته بدون أن يخرج عن حدود الأدب وعما لايليق ويكون ذلك بواسطة رئيس الجلسة حفظاً للنظام كذلك للمشهود له هذا الحق إستيضاحاً لما لم يكن واضحاً. وللرئيس النظر في الأسئلة قبل توجيهها فما كان منها متعلقاً بالدعوى وجائز القبول أقره، وما سواه مما لافائدة في الإجابة عنه ومما هو سخيّف أو فيه خروج عن حدود اللياقة والأدب أمر برفضه. ومما يؤسف له أن بعض وكلاء الدعاوى يوجهون أسئلة الى الشهود يقصدون بها إهانة الشاهد والهزؤ به وجرحه في كرامته ونحو ذلك مما يمليه على السائل سوء أدبه وضيق عطنه . وإن من أوجب الواجبات على القضاة حماية الشهود من هذا . إذ الشاهد الذى يؤدى واجباً دينياً وإنسانياً، وإذا امتنع يعاقب يجب أن يكرم وألا يهان. وفي الحديث الشريف «أكرموا الشهود».

المادة (١٨٤) إذا طعن المشهود عليه في الشهود طعناً غير شرعى رفضته المحكمة. وإن كان شرعياً وأراد تأجيل القضية لاثباته لاتؤجل إلا إلى الجلسة التالية، فان لم يثبت رفضت الطعن أهـ.

الفقرة الأولى من هذه المادة واضحة وهى متصلة بالمادة قبلها. والفقرة الثانية تضمنت أن الطعن إذا كان مقبولاً شرعاً أجلت القضية مرة واحدة وذلك منعاً للتطويل فى القضايا والإضرار بأصحاب الحقوق . والطعن الشرعى يكون بأحد أمرين: (الأول) ذكر ماينع شهادة الشاهد كأن يقول المدعى عليه أن الشاهد والد للمشهود له أو مستخدم عنده.. إلخ. (والثانى) الطعن فى عدالة الشاهد. أنظر ماتقدم.

المادة (١٨٥) إذا قررت المحكمة الاحالة على التحقيق تبين فى قرارها الوقائع المراد إثباتها أهـ.

المراد بالتحقيق هو مايتبع من الإجراءات على ما هو مرسوم فى اللائحة. وجاء فى المذكرة الإيضاحية لللائحة الحالية مانصه:

جرت المحاكم على سماع البينة فى الجلسات العادية لكنها كانت تحدد جلسات خاصة لسماع البينة فى القضايا الهامة التى يكثر فيها عدد الشهود بدون بيان الوقائع المراد اثباتها. فجاءت المادة ١٨٥ لبيان مايجب إتخاذها من الحيلة فى هذه الحالة فأوجب حصر الوقائع المراد إثباتها فى القرار الذى يحدد جلسات الإثبات. وهذا الحصر يكون بوجه الاجمال فلا يذكر فيه ما يكون فى إفشائه إخلال بسير التحقيق إهـ.

المادة (١٨٦) إذا قدم أحد الخصوم بينه لاثبات واقعة كان للخصم الآخر الحق دائما فى اثبات عدم صحة تلك الواقعة بكافة (أى بجميع) طرق الاثبات.، وتتبع جميع إجراءات الاثبات فى حق الخصوم على السواء أهـ.

الحكم الذى تضمنته هذه المادة جديد جدا فى المحاكم الشرعية وهو مأخوذ من المادتين ١٨١ و ١٨٩ مرافعات وأنظر ماتقدم فى شهادة النفى. وجاء فى المذكرة الايضاحية للاتحة مانصه:

قد يقيم أحد الخصوم بينه لاثبات واقعة من وقائع الدعوى.، ويكون لدى الخصم الآخر من الأدلة مايفيد عدم صحة تلك الواقعة.، فمن العدالة «يريد العدل» أن يفسح له المجال لنفى صحة الوقائع التى سمعت البينة لاثباتها، ويمكن من تقديم دليله للقضاء ليفصل القاضى بالحق بعد الموازنة بين الأدلة والترجيح لما يظهر له رجحانه أهـ.

المادة (١٨٧) تكتب شهادة كل شاهد مايتعلق بها بالتفصيل فى محضر الجلسة أهـ. ويجب أن تكتب عبارة الشاهد بألفاظها التى أداها بها، ولايجوز التصرف فيها بتلخيص أو اقتصار حذر الوقوع فى الخطأ من الكاتب فى فهم عبارة الشاهد. أنظر محاضر الفتاوى السندية.

المادة (١٨٨) تتلى شهادة كل شاهد عليه وله أن يصححها بالجلسة ثم يوقع عليها بامضائه أو ختمه أهـ.

قال فى شرح اللاتحة: وقد لا يقتصر التصحيح على مجرد الألفاظ بل يكون من حق الشاهد التغيير والتبديل بأن يعدل عن أمر قرره أو يضيف آخر لم يذكره من قبل، وغير ذلك لأنه يملك هذا الحق إلى أن يتم التوقيع، إذ لاتعد الشهادة تامة إلا به، وإذا غادر الشاهد مجلس الشهادة لايجوز أن يتم شهادته فى مجلس آخر (منشور الحقانية

١٦ يناير سنة ١٩٢١) وكذلك لا يجوز للشاهد تصحيح شهادته فى مجلس آخر كما هو ظاهر النص ومقتضى الشرع وهذا من الأمور البديهية.

المادة (١٨٩) إذا امتنع الشاهد من الإمضاء أو الختم أو كان لا يمكنه الكتابة أو ليس له ختم وجب ذكر ذلك فى المحضر.

ولا يضر الشهادة عدم توقيع الشاهد على شهادته بعد ثبوت ما قاله رسمياً فى المحضر. ويألت بصمة الإصبع تستبدل بالختم إذا كان الشاهد لا يحسن التوقيع بالكتابة.

المادة (١٩٠) إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور تتقل المحكمة لسماع شهادته. ولها أن تتدب أحد قضاتها لسماع شهادته. وعلى المحكمة أن تعلن الغائب من الخصوم بالميعاد لسماع الشهادة أهـ.

وقال فى شرح اللائحة: ويجب على كل حال سماع شهادة الشاهد حضر الخصوم أم لم يحضروا أهـ. أى بعد علمهم بانتقال المحقق إلى مكان الشاهد بأن كانوا حاضرين بالجلسة وقت صدور قرار المحكمة أو كانوا غائبين فأعلنوا.

المادة (١٩١) إذا قال الشاهد لا شهادة لى لا تقبل شهادته بعد ذلك وكذا إذا قال المدعى ليس لى شهود ثم أحضر شهوداً أو حضر شهوده وقال ليس لى سواهم ثم أراد الاستشهاد بشهود آخرين لا يقبل منه، إلا فيما تسمع فيه الشهادة حسبة..

الفقرة الأولى من المادة واضحة لأن الشاهد إذا أخبر أنه لا يعرف شيئاً عن الحادثة التى إستشهد عليها فمن أين جاءه العلم بها بعد رفع الدعوى أهـ (٨) وأما الفقرة الثانية بشقيها فالمذكور هنا هو قول الإمام الأعظم، وقال محمد يجاب المدعى إلى طلبه فى الحالتين.

احتج محمد بأن المدعى ربما كان له بينة فى الواقع وهو لا يعرفها لأن تحمل الشهادات قد يحصل دون علم صاحب الحق. فإذا عرف البينة بعد أن قال لالبينة لى أو قال لا شهود لى إلا فلان وفلان.. إلخ فقط فالعدل يقضى بقبول بينته للمعنى الذى أسفنا. واحتج أبو حنيفة لعدم قبول بينة المدعى بعد أن قال مقالته بالتناقض

(٨) اللهم إلا إذا كان قد نسى ثم تذكر لكن فى المقام شبهة تمنع قبول شهادته، وبعد فنى هذه المسألة نظر وبفطنة

القاضى ونفاذ بصيرته قد تنكشف له الحقيقة. وبالجمله فالنص بنى على الاحتياط الحازم.

الظاهر ومذهب محمد هو الظاهر فى الوجهة النظرية وعليه متون المذهب. ولكن
اختير قول الإمام للعمل به فى المجلة العدلية (المادة ١٧٥٣) واللائحة الشرعية (المادة
١٨٨ فى لائحة سنة ١٩١٠ والمادة ١٩١ من اللائحة الحالية).

وعلى ذلك فى المذكرة الإيضاحية بأن العمل به يقلل من أمر التزوير ومن تلاعب
الخصوم فى القضايا. وهو تعليل صحيح حسن.

والاستثناء الأخير لابد منه لأن حقوق الله تعالى تسمع فيه الدعوى وتقبل
الشهادة من أى إنسان فإذا حصر صاحب الحق الشخصى فيها شهوده أو قال لا
شهود لى فإذا لا يمنع إثبات الدعوى من طريق آخر. وذلك كالزوجة تدعى على
زوجها أنه أبانها ثم تعجز عن إثبات ذلك فهذا لا يقفل باب الدعوى إذ هى تقبل من
أى أحد.. فكذلك لو ظفرت المدعية بشهود بعد ذلك وطلبت من القاضى أن يسمع
شهادتهم وجب عليه اجابة طلبها حفظاً لحقوق الله تعالى.

غير أن التلاعب والتزوير كثر من هذه الناحية أيضاً ولا سبيل إلى تدارك الأمر فيه
لقيام حقوق الله تعالى ووجوب المحافظة عليها. وإذا لا مرجع فى ذلك إلا إلى يقظة
القاضى وفطنته، وقد أخبرنى بعض أفاضل القضاة أن امرأة إدعت الطلاق على
زوجها وأتت ببينة على دعواها ثلاثاً وعشرين مرة وبيتنها ترفض فى كل مرة، وقد
إستغرقت دعواها عدة سنين. وكان ذلك القاضى محامياً فى ذلك الوقت فإخترته
أخيراً وكيلاً عنها فى المخاصمة مع زوجها واتت إليه بشاهدين وقالت له علمهما
كيف يشهدان فدهش واستعاذ بالله منها وترك توكله عنها.

المادة (١٩٢) إذا مات الشهود أو غابوا فللمحاكم أن تحكم بشهادتهم أهـ.

اقول هذه المادة هى بقية من المادة (١٩٢) من لائحة سنة ١٩١٠ إذ جاء فى النص
القديم هذه الزيادة (على الوجه المبين بالمادة ١٨٩).

والمادة ١٨٩ تنص على تزكية الشهود سراً ثم علناً.. الخ وبناء على هذا فموت
الشاهد أو غيبته غيبة منقطعة لا يمنع تزكيته بعد ذلك ثم يبنى القاضى قضاءه بعد ذلك
على شهادته لكن الآن لا تزكية فلم بقى هذا النص؟ وأى حاجة تدعو إليه؟
فالشهادة بعد تدوينها فى المحضر وتوقيع الشاهد عليها وإنهاء عملية

الطعون تصبح سنداً يصح الإعتماد عليه سواء أبقى الشاهد حياً بعد الشهادة. حاضراً أم غائباً لا يدرى مكانه، أم مات بعد ذلك. لكن ربما بقى هذا النص تنبيهاً للقضاة إلى الحكم فى المسألة. وأن من العجيب المدهش ما جاء فى المذكرة الإيضاحية من أن المادة ١٩٢ بيان لحكم شرعى غفل عنه كثير من القضاة. وأدى إلى طول زمن الفصل فى القضايا. وألحق ضرراً بالخصوم أهـ. فمن أى ينبوع كان يستقى أولئك القضاة أحكامهم الشرعية؟

المادة (١٩٣) للقاضى إذا ثبت لديه أن الشاهد شهد زوراً أن يحرر محضراً بذلك ويرسله إلى قلم النائب العمومى المختص ويكون هذا المحضر معتبراً أمام المحاكم الأهلية.

قال فى شرح اللائحة ومعنى اعتباره أنه يعد رسمياً أى صادر من يملك تحريره. وتسرى عليه أحكام الأوراق الرسمية . فإذا ثبت للقاضى الأهلى ارتكاب الشاهد لشهادة الزور أوقع عليه العقاب الذى يستحقه قانوناً أهـ وأنظر ماتقدم ففیه الكفاية. تتمه - تقدم أن اللائحة الشرعية سكتت عن مصاريف أنتقال الشاهد، مع أنها نصت على أن الشاهد إذا امتنع عن الحضور إلى المحكمة لأداء الشهادة بغير عذر يحكم عليه بغرامة. وقد يأتى الشاهد من مكان بعيد وقد يعطل عن عمله ويبيت فى غير مسكنه وقد يطول عليه الزمن لأجل تأدية هذا الواجب وقد تكلمت فى هذه المسألة مع بعض كبار رجال القضاء الشرعى فاتفقت كلمتهم على أن المحاكم الشرعية لاتقضى للشاهد بشئ مما يطلبه، ولاشك أن هذا بمعزل عن العدل. كما أسلفنا، فتكلمت مع بعض كبار رجال القانون فكان رأيه موافقاً لرأى فى أن للشاهد الحق فى هذا الطلب أمام المحاكم الأهلية المدنية بمقتضى نص قانون المرافعات وهذا هو العدل من غير شك.

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الرابع عشر

القوانين المصرية

الفرع الأول

الأدلة الكتابية والشهادة

هذه خلاصة في بيان قيمة الأدلة الكتابية والشهادة في محاكم مصر. (١)
الأصل في الشرع جواز إثبات كل دعوى بالشهادة، وأستقر الأمر عند فقهاء
القانون على أن الأصل هو إثبات الدعاوى بالكتابة.

لاحظ فقهاء القانون أن الشهادة يكثر فيها التزوير، وقد يتعذر أو يتعسر الإهتمام
إلى الحقيقة، ولاحظوا أيضاً أن الذاكرة لاتعى عادة كل جزئيات الحوادث. وإذا وعت
تفصيلات حادثة في أول الأمر وقت مشاهدتها فإنها لاتستطيع الاحتفاظ بكل ماوعته
بل يتسرب منها تباعاً، بل قد تنسى الحادثة إذا طال العهد. فالكتابة من هذه الناحية
أضبط لتفاصيل الحوادث وقيد لها ولا سيما الالتزامات ذات الشروط الكثيرة
والتفريعات المتعددة، ولا ريب في أنها من هذه الناحية أقوى احتفاظاً بما تحويه من
الذاكرة. والتزوير ممكن في الكتابة كما هو ممكن في الشهادة إلا أنه في الغالب قد
يمكن الإهتمام فيه إلى الحقيقة خصوصاً عند تقدم العلوم ودقة البحث وبالموازنة بين
دليلي الكتابة والشهادة نرى أن الاحتياط يقضى بأن يكون الدليل كتابياً كلما أمكن
ذلك، والشرعية العادلة لاتأبى هذا.. ومما ينبغى ملاحظته أنه عند مجئ الشرع
الإسلامي كانت الأمية غالبية، فكان لا جرم أن يستدل على الدعاوى بشهادة الشهود
ومع ذلك فقد جاءت آية المداينة في الكتاب العزيز آمرة بكتابة الدين مستثنية مايتعلق
بالتجارة لئلا تتعطل الأعمال التجارية.. وقد يكون البيع والشراء في حالة يتعذر معها
إثبات العقد بالكتابة. والذي يعنى الشارع الإسلامي إنما هو وصول الحقوق إلى

(١) وسيأتى الكلام عن القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ مفصلاً.. إن شاء الله في الفرع الثانى من هذا الفصل.

أربابها وضبطها من أيسر طريق وأحكمه ومنع أكل أموال الناس بالباطل ولذا شدد فقهاء الشريعة فى الشروط التى إشتروطها لقبول الشهادة ووجوب بناء الحكم عليها أقصى مايتصور من التشديد . ولا شك أن مصالح الناس مرعية شرعاً كما هى مرعية قانوناً فلا غرابة إذا فى أن يتسع صدر الشريعة الحكيمة للإذن بالعمل بما هو أضبط وأبعد عن التزوير . لهذا اقتربت المحاكم الشرعية من المحاكم القانونية فى الاستدلال بالكتابة على ماينبأ فيما سلف . وغاية الجميع هو إحقاق الحق وإبطال الباطل ، وهذا هو شرع الله .

وأما مايستحيل إثباته بكتابة تتخذ حجة على المدين وقت حصوله كحوادث الحريق والغرق وسقوط الجدران والمصادمات المفاجئة والجنايات الفعلية كالقتل والضرب والسب ونحو ذلك مما تترتب عليه مؤخذات فى نظر الشرع والقانون كليهما فالضرورة قاضية بإثبات ذلك بالشهادة وبالقرائن وبالمعاينة المادية والفنية . على أنه قد توجد موانع مادية أو أدبية أو بحكم العادة يعتبرها القانون معفية الدائن من إثبات ماله من الحق بالكتابة عند امكان ذلك فى ذاته استثناء من الاصل لتلك الإعتبارات أو لإعتبارات أخرى تجعل الدائن والمدين فى حل من التوثيق بالكتابة . وكذلك المعاملات التجارية بين التجار فإن المطلوبات فيها تثبت بشهادة الشهود . كذلك إذا كان مقدار الدين قليلاً والغرض هو عدم مضايقة المدين بتقديم مستند كتابى للمبالغ القليلة التى لايطمع فيها عادة وليست من الأهمية بحيث يجب لاثباتها الكتابة بل يكتفى فى ذلك بالشهادة .

والحاصل أن الأصل فى إثبات الحقوق فى المحاكم القانونية هو الكتابة فكلما أمكن ذلك لايعدل عنها إلا فيما استثناء القانون من المطلوبات القليلة القيمة ، وقد اختلفت القوانين فى قدر هذا القليل وقد يتغير المقدار تبعاً لتغير الأحوال وعلى كل حال فالتقدير تحكمى كغيره من سائر التقديرات الإجتهادية . والغرض هو موازنة المصالح والتسهيل على الناس فى معاملاتهم وتشريع ما هو الأصلح لهم فى جملة المستطاع . ومن أجل ذلك أيضاً إستثنيت المسائل التجارية ، ثم إستثنى منها

ما إستثنى لما أسلفنا. وكذا حالات الضرورة إذ العدل يقضى بأن الضرورات تبيح المحظورات فى حالة السعة. وقد تتعاون الكتابة والشهادة، أو الكتابة واليمين، أو الشهادة واليمين، وقد تعتبر الكتابة قرينة فتعضدها الشهادة.

وفى المحاكم الشرعية الأصل هو إثبات الحقوق بالشهادة لكن إستثنى واضع اللائحة من هذا الإصل مانص عليه فى المواد ٩٨ و ٩٩ و ١٢٩ و ١٣٧ (٢) وخيراً فعل، واعتبر الكتابة بنوعها - رسمية وعرفية - من الأدلة القائمة بنفسها وأجاز الشهادة على النفى بازاء الشهادة على الإثبات. وترك للقاضى الترجيع بينهما. وهذه خطوات فى الإصلاح واسعة جداً اقتربت بها محاكم الشرع من محاكم القانون، ومن الأمور المفروغ منها أن كل ما هو عدل فهو شرع الله، وأن معاملات الناس قد نظر فيها الى جانب المصلحة الراجحة وليس فى عالم الممكنات ما هو خير محض إلا الإيمان بالله. وليس فيه ما هو شر محض إلا الكفر بالله، وما سوى ذلك فهو مزيج من الخير والشر. ومن المصلحة والمفسدة، فما غلبت مصلحته على مفسدته وخيره على شره شرعه الله للناس وأمرهم به أو أباحه لهم، وما غلب شره على خيره ومفسدته على مصلحته حظره عليهم وكرهه لهم. هذا هو شرع الله الذى لا شك ولا ريب فيه، عرفه من هداه الله وشمله بتوفيقه، وجهله من لم يوفقه الله لمعرفة، وبعد فانظر قواعد الشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعى ورسالة المصالح المرسله للطوفى الحنبلى ففيهما مصداق ما قلته هنا والله الهادى إلى سواء السبيل.

(٢) إلغيت المادة ١٢٩ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

وقد إلغيت باقى مواد اللائحة الشرعية والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

الفرع الثانى

قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

بإصدار

قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى

فى مسائل الأحوال الشخصية

نظم القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بعض إجراءات التقاضى وبعض الأحكام الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية، المتعلقة بالنفس والمال. وقد إشتمل القانون على ٧٩ مادة ونضمن قانون الإصدار ستة مواد وأضيفت إلى مواد القانون مادة كما أضيف بند إلى مادة أخرى بموجب القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠.

وسأتناول بالبحث ما يتعلق منها بقواعد الإثبات فى مسائل الولاية على النفس. وقد نصت المادة الرابعة من قانون الإصدار على أن «تلغى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١. ويلغى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، والقوانين أرقام ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥، ٦٢ لسنة ١٩٧٦ المشار إليها، ولائحة الإجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧، كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق».

ونصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الإصدار على أن «تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات».

ونصت باقى فقرات المادة الأولى على الإجراءات التى يختص بها قاضى الأمور الوقفية بالمحكمة وهى من إجراءات المرافعات.

وقضت المادة الثانية من قانون الإصدار بأن على المحاكم أن تحيل ما لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى.

ونصت المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٠٠ / ١ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. على أن:

«تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها. ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة. ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ - طبقاً لشريعتهم - فيما لا يخالف النظام العام».

وتطبيقاً لأحكام هذه المادة فإن الأصل العام بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية أن تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية المعمول بها وما لم يرد بشأنه نص فيها تصدر الأحكام طبقاً للرأى الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة (المذهب الحنفى).

أما الأحكام المتعلقة بإجراءات الإثبات فيتبع فيها قواعد قانون الإثبات إعمالاً للفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الإصدار.

واستثناء من هذه القاعدة تصدر الأحكام في المنازعات بين المصريين غير المسلمين متحدى الطائفة والملة، الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ - طبقاً لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام.

وإذ نصت المادة الرابعة من قانون الإصدار على أن «تلغى ويلغى ، والقوانين أرقام ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق».

وقد كانت المادة ٦ من القانون رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ ، تتضمن مضمون نص المادة الثالثة من قانون الإصدار المشار إليها أنفاً.

وكانت المادة ٧ من القانون رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ تنص على انه «لا يؤثر في

تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام فتطبق الفقرة الأولى ولما كان القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد ألغى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ برمته.

ومن ثم فإنه إعمالاً لنص المادة ٣ من قانون الإصدار رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فإنه تطبق أحكام قوانين الأحوال الشخصية والرأى الراجح من المذهب الحنفى إذا لم يوجد بها نص - على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين إلا إذا كان طرفى الخصومة من المصريين غير المسلمين متحدى الطائفة والملة وكانت لهم جهات قضائية منظمة حتى ٣١/١٢/١٩٥٥ فتطبق عليهم أحكام شريعتهم بما لا يخالف النظام العام، وبشرط استمرارهم وبقائهم متحدى الطائفة والملة لحين الفصل النهائى فى الدعوى (إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مواد قانون الإصدار المشار إليها).

وإذا حدث أن غير أحد أطراف الخصومة ملته أو طائفته إلى ملة أو طائفة أخرى تخالف ملة أو طائفة الطرف الآخر (لا تتحد معها) قبل الفصل فى الدعوى فإن الدعوى بذلك لا يتوافر فيها الشروط الواجب توافرها والتى استلزمها الفقرة الثانية من المادة ٣ من قانون الإصدار وهو شرط إتحاد الطائفة والملة وبالتالي فتخرج عن تطبيق الاستثناء المنصوص عليه فيها وتطبق عليها الأحكام العامة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة.

ذلك أن المادة ٤ من قانون الإصدار ألغت القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والذى كانت المادة السابعة منه تنص على ان لا يؤثر تغيير الملة أو الطائفة أثناء نظر الدعوى على تطبيق قانون ملة الطرفين وقت رفع الدعوى.

وقد كان مشروع القانون يتضمن مثل هذا النص (فى فقرة ثالثة من المادة الثالثة) من أنه لا تأثير على تغيير الطائفة أو الملة أثناء نظر الدعوى على القانون الواجب التطبيق ولكن حذفت هذه الفقرة من المادة وصدر القانون خلواً منها.

وذلك تطبيقاً لقاعدة مقررة من أن تغيير الدين يترتب عليه أن يستمتع الشخص بجميع الحقوق التي يخولها له الدين الجديد، وهى القاعدة المقررة أيضاً فى حالة تغيير الجنسية والتي أخذ بها المشرع المصرى فى المادة ١٣ / ٢ من القانون المدنى.

وعلى ذلك وطبقاً للقواعد العامة فإن تغيير الملة أو الطائفة أثناء نظر الدعوى يخرج الخصومة من التطبيق الاستثنائى المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الإصدار، إذ أن ما تضمنته من استثناء من صدور الأحكام من مواد الأحوال الشخصية طبقاً لشريعة طرفى الخصومة من المصريين غير المسلمين شرطه وجوب إتحاد الطائفة والملة بين طرفى الخصومة منذ إقامة الدعوى لحين الفصل فيها نهائياً.

ومن ثم وبالتالي فإن تغيير الطائفة والملة أثناء نظر الدعوى وقبل الفصل فيها نهائياً بحكم قطعى يخرج الدعوى عن التطبيق الاستثنائى المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة ٣ من قانون الإصدار إلى الأصل العام وتطبق الفقرة الأولى من تلك المادة عليها.

ذلك حتى لو حدث تغيير الطائفة أو الملة أثناء نظر الاستئناف عن الحكم الصادر من محكمة أول درجة وقبل الفصل فيه بحكم منه للخصومة.

أما إذا حدث تغيير الطائفة أو الملة بعد صدور الحكم الاستئنافى. وقبل أو أثناء نظر الطعن على الحكم بطريق النقض. فإنه لا يصلح سبباً للطعن على الحكم بطريق النقض. إذ لا تأثير لهذا التغيير بعد صدور الحكم النهائى، على القانون الذى كان واجب التطبيق على الدعوى إلى حين صدور حكم منه للخصومة فيها، إذ تكون محكمة الاستئناف قد طبقت القانون الواجب التطبيق.

ولكن إذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم لسبب آخر غير تغيير الملة أو الطائفة كبطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم مثلاً أو خطأ فى تطبيق القانون الذى كان واجباً تطبيقه، وأحالت الدعوى إلى محكمة الاستئناف، فى هذه الحالة، تطبق القاعدة العامة والفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون الإصدار رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

وكذا فى حالة ما إذا كانت الدعوى دعوى طلاق أو تطليق أو فسخ عقد الزواج أو بطلانه، ففى هذه الحالة فإن محكمة النقض إذا نقضت الحكم فإنها تفصل فى موضوع الدعوى إعمالاً للمادة ٦٣/٣ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، وفى هذه الحالة تفصل محكمة النقض فى الدعوى كمحكمة موضوع ويكون عليها تطبيق الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون الإصدار، وعدم تطبيق الاستثناء الوارد بالفقرة الثانية منها.

ذلك أنه بمجرد قضاء محكمة النقض ينقض الحكم الاستئنافى تزول قوة هذا الحكم الأخير وتصبح الدعوى كأنها لم يصدر فيها حكم نهائى بعد، فيكون تغيير الخصم لطائفته أو ملته قد حدث قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى ويتعين الاعتداد به وتطبيق الفقرة الأولى من المادة الثالثة المشار إليه.

ومن المناسب الإشارة هنا إلى ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والتي جرى نصها على أن:

«ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدى الطائفة والملة إلا إذا كانت شريعتهما تميزه».

وهذا النص غاير وخالف ما كان منصوصاً عليه بالفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية التى ألغاهها هذا القانون والتي كانت تنص على أن:

«ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق».

وكان مفهوم نص المادة ٩٩/٦ وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أنه يشترط أن يكون طرفى الخصومة يدينان بالطلاق فإن كان أحدهما لا يدين بالطلاق فلا تسمع دعوى الطلاق^(١) وألغى هذا النص بصدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

وجاء نص الفقرة الأخيرة من المادة ١٧ من القانون المذكور مخالفاً فى الصياغة

(١) الطعن رقم ٣١ لسنة ٥٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٠/٤/١٩٨٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٥ ص ٩٥٩.

والمضمون للنص الملغى فقد تكلم النص الحالى عن دعوى التطليق فى حالة اتحاد الطائفة والملة لطرفى الخصومة وقال إنها تقبل إذا كانت شريعتها تميزه ومفهوم ذلك أن دعوى التطليق لا تقبل إذا كان طرفى الخصومة متحدى الطائفة والملة وكانت شريعتهما لا تبيح الطلاق ولا تميزه، وغاير النص الملغى الذى كان يستلزم أن يكون طرفى الخصومة يدينان بالطلاق والمشرع إذ يستبدل نصاً بآخر فإنه يعنى تغيير الحكم السابق إلى ما احتواه النص الجديد. وعلى ذلك إذا كان طرفى الخصومة متحدى الطائفة والملة وتدين شريعتهما بالطلاق فإن دعوى الطلاق تسمع وكذلك الحال لو كان طرفى الخصومة غير متحدى الطائفة والملة فإن دعوى الطلاق تسمع ولو كان أحدهما لا يدين بالطلاق وذلك تطبيقاً للقواعد العامة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على هذه الدعوى إعمالاً للفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فالأصل هو القبول والاستثناء هو المنع.

وبالتالى فإن المنع من قبول دعوى الطلاق يقتصر على حالة واحدة هى أن يكون طرفى الخصومة متحدى الطائفة والملة ولا تميز شريعتهما الطلاق.

والقول بغير ذلك يخالف النص الحالى الذى عدلَ عما كان يشترطه النص السابق من وجوب أن يدين طرفى الخصومة عند اختلاف الطائفة أو الملة بالطلاق. ذلك أنه فى حالة ما إذا كان أحد طرفى الخصومة يدين بالطلاق والطرف الآخر لا يدين بالطلاق فكان النص السابق يمنع من سماع دعوى التطليق وفى هذا إضرار بالطرف الذى يدين بالطلاق أما النص الحالى فإن المنع فيه طبقاً لمفهومه يكون فى حالة اتحاد الطائفة والملة وأن تكون شريعتهما لا تبيح الطلاق فهذه هى شريعتهما ولا يضار أحد منهما من ذلك، أما إذا كانا مختلفى الطائفة أو الملة فإن القانون المطبق هنا هو الشريعة الإسلامية وهى تبيح الطلاق وتميزه كقاعدة عامة من النظام العام وإنه وإن كان أحد طرفى الخصومة لا تميز شريعة الطلاق فلا يضار الطرف الآخر الذى تميز شريعة الطلاق والتى تتفق مع القواعد العامة فى الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق فى هذه الحالة وتطبيقاً للقاعدة الشرعية بإزالة الضرر الأكبر بالضرر الأخف.

من إرغام طالب أو طالبة التطليق من البقاء فى زواج لا يطيقه رغم أن شريعته تجيزه وكذا الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية تُبنى الأحكام فيها على الاقرار بظاهر اللسان بحث القاضى جديتها أو بواعثها ودواعيها غير جائز (٢)

- تغيير الطائفة أو الملة. يتصل بحرية العقيدة تمامه بإبداء الرغبة فى الانتماء إلى الطائفة أو الملة الجديدة وقبول الانضمام إليها من رئاستها الدينية المعتمدة (٣).
- تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين. مناطه. اختلاف الطرفين فى الملة أو الطائفة (٤)

الأحكام التى يتعين على المحاكم تطبيقها فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة. ماهيتها. هى الأحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق. الإجراءات الخاصة بدعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية وفقاً لنص المادة ١١ مكرراً، ثانياً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩. من قواعد الاختصاص

(٢) الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٦٨ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨. مجلة القضاء السنة ٣١ ص ٦٣٣.
الطعن رقم ٣٦ لسنة ٦١ ق، ١٥٤ لسنة ٦٣ ق «أحوال شخصية» «هيئة عامة - جلسة ٢٥/١٢/١٩٩٥»
مجموعة الكتب الفنى السنة ٤٣ ص ١٠٣٧.

الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٣/٦/١٩٩٢ مجموعة الكتب الفنى السنة ٤٣ ص ٨٦٠.

(٣) الطعن رقم ٢٩٢ لسنة ٦٧ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٦/٨/١٩٨١ مجلة القضاء السنة ٣٠ ص ٥٢٤.

الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٦١ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٦/١/١٩٩٦

الطعن رقم ٤٠ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٧/١١/١٩٩٥.

(٤) الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٦٤ قضائية - أحوال شخصية جلسة ١٦/٢/١٩٩٨ مجلة القضاء السنة ٣٠ لسنة ٥٢٤.

الطعن رقم ٨٩ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٨/١/١٩٩٦.

ومسائل الإجراءات مؤدى ذلك. سريانها على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها(٥).

وقد نصت المادة الأولى من القانون على أن:

«تحتسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم الميلادى».

أى أن تحسب بالسنوات الشمسية ولا تحسب بالتقويم الهجرى (السنوات القمرية). وذلك توحيداً للإجراءات وتيسيراً لها.

ونصت المادة الثانية من القانون على أن:

«تثبت أهلية التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية.

وينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها ممثله القانونى، فإذا لم يكن له من يمثله أو كان هناك وجه لمباشرة إجراءات التقاضى بالمخالفة لرأى ممثله أو فى مواجهته عينت المحكمة له وصى خصومة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير». وبذلك حددت سنأ معيناً وثابتاً لجميع الأفراد. وألغت ما كان عليه العمل من أن الأهلية كانت تثب بالبلوغ، وهو أمر غير ظاهر ويختلف من شخص لآخر. إن شاء الصغير قرر بالبلوغ أو أنكر.

وتكلمت المواد ٣، ٤، ٥، ٦ من القانون عن قواعد من إجراءات المرافعات. بين طريق رفع الدعوى والرسوم ونظر الدعوى وحضور النيابة العامة فيها.

ثم أفردت المادة (٧) السابعة حكماً بعدم قبول دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به عند الإنكار بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية حازمة تدل على صحة الإدعاء.

(٥) الطعن رقم ٢٨ لسنة ٦٤ قضائية - أحوال شخصية جلسة ١٩/٥/١٩٩٨) مجلة القضاء السنة ٣٠ ص ٥٢٦.

، الطعن رقم ٢٧ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٧/١١/١٩٩٥.

، الطعن رقم ٢١١ لسنة ٥٩ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٢/١٢/١٩٩٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٣ ص ١٣٦٧.

وهو الأمر الذى كان منصوصاً عليه بالمادة ٩٨ من اللائحة الشرعية الملغاة^(١).
ثم تكلمت المادة (٨) الثامنة عن عدم قبول الدعاوى المتعلقة بالوقف وشروطه
وكل ما يتعلق به من استحقاق وتصرفات وخلافه، ما لم يكن الوقف ثابتاً بإشهاد
ومشهر وفقاً لأحكام القانون. أو بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة وهو ما كان منصوصاً
عليه بالمادة ١٣٧ من اللائحة الشرعية^(٦).

وقد نص القانون فى الباب الثانى منه فى المواد من ٩-١٥ على مسائل إجراءات
ومرافعات بشأن إختصاص المحاكم النوعى والمحلى وإختصاص المحاكم الجزئية
والابتدائية وما هو من الأحكام قابل للإستئناف وما تصدره المحاكم من أحكام
نهائية، وذلك بالنسبة لكل من الولاية على النفس والمال.

وقد خصص القانون الباب الثالث لرفع الدعوى ونظرها فنصت المادة ١٦ على
أن «ترفع الدعوى فى مسائل الولاية على النفس بالطريق المعتاد لرفع الدعوى
المنصوص عليه فى قانون المرافعات المدنية والتجارية».

ونصت المادة ١٧ على أن «لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت
سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية، أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى
عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى».

ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - فى الوقائع اللاحقة
على أول أغسطس سنة ١٩٣١ - ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية، ومع ذلك
تقبل دعوى التطلاق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتاً بأية
كتابة.

ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدى الطائفة والملة إلا إذا كانت
شريعتهمما تحيزه».

وهذا النص فى شقيه الأول والثانى يحتوى ماكان منصوصاً عليه بالمادة ٩٩ من

(٦) راجع شرح المادتين ٩٨، ١٣٧ من اللائحة وأحكام محكمة النقض المشار إليها بالفصل الثالث عشر من
الباب الأول.

اللائحة الشرعية (٧)، عدا الشق الثانى الخاص بقبول دعوى التطليق أو الفسخ دون غيرهما إذا كان ثابتاً بأى كتابة .

أما بالنسبة إلى الفقرة الأخيرة من المادة فقد سبق التعليق عليها عند الكلام عن المادة الثالثة من قانون الإصدار (٨) .

وقبل التعليق على الشق الثانى من الفقرة الثانية من المادة ١٧ المشار إليها نبدأ بهذا التمهيد .

الجديد فى هذا الشق ، أنه أعاد إلى الحياة حكماً قديماً بقبول دعوى التطليق وإن لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية، كان قد تم إيقاف العمل به وعدم سماع الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج غير الثابت بوثيقة رسمية بصدرور اللائحة الشرعية فى سنة ١٩٣١، لما رأوه فى ذلك الوقت. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لللائحة ترتيب المحاكم الشرعية أنه، وقد يدعى بعض ذوى الأغراض، الزوجية زورا وبهتاناً أو نكايه وتشهيراً أو ابتغاء غرض آخر اعتماداً على سهولة إثباتها بالشهود خصوصاً وإن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع فى الزواج.

وقد تُدعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبت صحتها مرة لا تثبت مرراً. وما كان لشيء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد دائماً بوثيقة رسمية كما فى عقود الرهن وحجج الأوقاف وهى أقل منه شأنًا وهو أعظم منها خطراً.

فحملاً للناس على ذلك وإظهاراً لشرف هذا العقد وتقديساً له عن الجحود والإنكار ومنعاً لهذه المفاصد العديدة وصيانة الحقوق واحتراماً لروابط الأسرة زيدت الفقرة الرابعة فى المادة ٩٩ التى نصها «ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١». وبذلك أصبحت دعاوى الزوجية أو الإقرار بها لا تسمع عند

(٧) راجع ما تقدم شرح المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية وأحكام محكمة النقض المشار إليها، بالفصل الثالث عشر من الباب الأول .

(٨) راجع ما تقدم حالاً ص ٣٨٦ وما بعدها .

الانكار فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ بدون وثيقة رسمية فى حال حياة الزوجين أو بعد الوفاة. ووثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها طبقاً للمادة ١٣٢ كالقاضى والمأذون فى داخل القطر وكالقنصل فى خارجه».

وبصدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فقد استحدثت الفقرة الثانية من المادة - ١٧ فى شقها الأخير حكماً جديداً بقبول دعوى التطليق - عند الإنكار - وإن لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية، إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

وقد كان الأولى بالقانون ألا يأخذ بأيدي العابثين به والمستهترين بأحكامه وان يضرب على أيديهم، كى لا يتمادوا فى مخالفتهم للقانون وأن يتحمل مخالفه القانون جزاء مخالفته.

إلا أن القانون رأى رافة بهن أن يجيز لهن أن يخرجن من قيود الزواج العرفى (غير الثابت بوثيقة رسمية) وأن تقبل منهن دعوى التطليق أو الفسخ إذ كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

والأصل أنه لا يشترط لصحة الزواج شرعاً أن يكون مسجلاً أو مكتوباً على يد مأذون أو موثق أو غيره.

بل الزواج جائز شرعاً متى استوفى شروطه والدعوى به مسموعة حال حياة الزوجين وبعد وفاتهما.

هذا من ناحية الشرع فالزواج يثبت بطرق الإثبات العامة من إقرار وبينه ونكول.

أما من ناحية النظام فإن من القواعد الشرعية:

أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص وأن لولى الأمر أن يمنع قضائه عن سماع بعض الدعاوى وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعاً لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة الحقوق من العبث والضياع.

وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك وأقروا هذا المبدأ فى أحكام كثيرة واشتملت لوائح سنة ١٨٩٧ وسنة ١٩١٠ وسنة ١٩٣١ للمحاكم الشرعية على

كثير من مواد التخصيص وخاصة فيما يتعلق بدعوى الزوجية والطلاق والإقرار بهما.

وألّف الناس هذه القيود الواردة بها واطمأنوا إليها بعد أن تبين ما لها من عظيم الأثر فى صيانة حقوق الأسر.

وترتيباً على ذلك فإن الممنوع من السماع من دعاوى الزوجية اعتباراً من أول أغسطس سنة ١٩٣١. ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية - وعند إنكار الزوجين أو أحدهما - هى دعوى الزوجية المجردة وما يترتب عليها. أما إذا كانت الدعوى متميزة عن دعوى الزوجية فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات الشرعية.

أما إثبات الرجعة فهى ليست إنشاء لعقد جديد بل امتداد للزوجية القائمة وإذا تكون الرجعة بالقول - أو بالفعل ولم يشترط الإشهاد عليها فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات الشرعية.

وإذا كانت الزوجية غير منكره من طرفيها واستوفت شرائطها القانونية فتسمع جميع دعاوى الزوجية، دون اشتراط عقد موثق.

وإذا أقر الزوجان بالزوجية فى مجلس القضاء واستوفى الإقرار شروط صحته قانوناً، فيقوم مقام الوثيقة الموثقة - ولا يقبل من أحد من الزوجين إنكار الزوجية بعد ذلك.

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن «تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه، أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات».

كما نصت المادة ٣/ ١ منه على أن «تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها. ويعمل فيها لم يرد بشأنه نص خاص فى تلك

القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة».

وبعد سرد هذا التمهيد اللازم للدخول في الموضوع نستطرد في موضوع البحث.
عند إقامة دعوى من امرأة على رجل تدعى أنه زوجها وأنه تزوجها بصحيح
العقد الشرعى المستوف لشروطه وأركانه الشرعية وانه لم يحرر بهذا الزواج وثيقة
رسمية وأن بيدها دليل كتابى على هذا الزواج وإنها تطلب التطلق عليه لأسباب هى
كذا وكذا

ملحوظة هامة: إذا لم يكن الزواج المدعى به مستوفياً لشرائطه وأركانه الشرعية
فليس بها حاجة إلى اللجوء إلى القضاء بطلب التطلق لأنه يكون عقداً باطلاً ويجب
التفريق بينهما فوراً وعليها أن تفارقه من تلقاء نفسها.

وعلى ذلك فإذا أقامت المدعية دعواها بطلب التطلق فإن المدعى عليه قد يحضر
أو يتخلف عن الحضور أمام المحكمة ويندرج تحت ذلك الصور الآتية:
الصورة الأولى: أن يحضر المدعى عليه أمام القضاء ويقر بالزوجية وهنا لا توجد
مشكلة إذ تكون دعوى الزوجية مقراً بها وغير منكراً وتسير المحكمة فى اجراءاتها
كإجراءات الدعوى الثابتة بوثيقة رسمية.

الصورة الثانية: أن ترفع المدعية دعواها بطلب التطلق وتقدم وثيقة عرفية أو أية
كتابة تستند إليها فى إثبات الزواج.
وتحت هذه الصورة عدة فروض:

الفرض الأول: أن يحضر المدعى عليه وينكر الزواج ويقرر أن الورقة أو الدليل
الكتابى المقدم من المدعية لا يفيد زواج وهنا يكون الأمر متروك لتقدير المحكمة
بتفسير عبارات المحرر العرفى وما إذا كان يعتبر زواجاً شرعياً من عدمه. فإن كانت
لا تفيد زواجاً اعتبرت الدعوى بلا دليل ويتعين القضاء بعدم قبولها.

أما إذا كانت تفيد زواجاً اعتبرت مستنداً فى الدعوى ويندرج ذلك تحت الفرض
الثانى الآتى :

الفرض الثانى: أن يحضر المدعى عليه وينكر الزواج ولا ينكر الورقة العرفية

المقدمة من المدعية. وفي هذه الحالة تعتبر هذه الورقة حجة عليه إعمالاً للمادة ١٤ من قانون الإثبات.

الفرض الثالث: أن يحضر المدعى عليه وينكر الزواج وينكر الورقة العرفية المقدمة من المدعية أو يطعن عليها بالتزوير.

وهنا نجد أن المشرع أراد التوسعة على المتزوجات بعقود عرفية في طلب التطليق للخروج من قيود زوجية لا يستطيعن المطالبة بحقوقهن الزوجية فيها. وهذا التيسير لم يقصد به الخروج عن القواعد الأصلية الأساسية في المرافعات والإثبات إلا بقبول دعوى التطليق أو الفسخ إذا لم تكن ثابتة بوثيقة رسمية وإنما ثابتة بأية كتابة.

وهنا يجب أن يشترط في هذه الكتابة ما تضمنه قانون الإثبات من قواعد بالنسبة للمحركات العرفية فيجب أن تكون الورقة محررة بخط المدعى عليه أو موقعاً عليها بإمضائه أو ختمه، وأن لا ينكرها، فإن أنكرها أو طعن عليها بالتزوير فيجب إتباع الإجراءات التي حددها قانون الإثبات في هذا الشأن. فإن لم تثبت صحة المستند العرفي قضت المحكمة بعدم قبول دعوى التطليق. وإن ثبت صحته، فإنى أرى هنا أن لا تقض المحكمة بصحة المستند ولا تقض كذلك برفض دعوى التزوير أو الإنكار - وإلا فإنها تكن قد قضت بصحة عقد الزواج وإثباته رسمياً - ولا تقض أيضاً بقبول الدعوى لأنها إن قضت بقبول الدعوى، ثم أخفقت المدعية في إثبات مبررات الطلاق، فإن المحكمة لا يكون أمامها إلا القضاء برفض الدعوى لأنها قضت بقبولها - وتكون بذلك قد فصلت في مسألة أولية كلية شاملة وهى أن هناك زواج قائم بين المدعية والمدعى عليه وان الزوجية لازالت مستمرة لأن المحكمة رفضت دعوى التطليق، وبذلك تكون قد فصلت في صحة الزواج وإثباته بوثيقة رسمية، هى حكم المحكمة كما سيأتى بيانه قريباً. وإنما تقض مجرداً بالاستمرار في نظر الدعوى، وتسير في إجراءاتها طبقاً للإجراءات القانونية.

الصورة الثالثة: أن لا يحضر المدعى عليه، وفي هذه الحالة وطبقاً للقاعدة الشرعية - لا ينسب لساكت قول - فإن المدعى عليه يعتبر انه منكرأ دلالة، وتسرى على

الدعوى الأحكام السابق بيانها.

فإذا انتهت المحكمة من هذه الإجراءات الشكلية وقررت الاستمرار في نظر الدعوى، فماذا يكون على المحكمة بعد ذلك.

هل يكفي مجرد طلب التطلق وسكوت المدعى عليه أو عدم حضوره يكفي لإجابة المدعية إلى طلبها، أو أن عليها أن تستند إلى مبرر شرعى يبيح لها طلب التطلق.

هنا يجب على المدعية طالبة التطلق ان تؤسس دعواها على مبرر أو سبب شرعى يبيح لها طلبها، وإلا نكون قد خالفنا القواعد الشرعية، إذ الزواج الشرعى سواء أكان ثابتاً بالمشافهة أو بأية كتابة أو وثيقة رسمية هو زواج شرعى متى استوفى شرائطه وأركانه الشرعية، أحكامه لا تختلف باختلاف طريقة إثباته. الحقوق فيه ثابتة بمجرد انعقاده وإن كان بعض هذه الحقوق لا يستطيع الجبر على تنفيذها، لعدم قبول الدعوى لعدم توفر دليل الإثبات وليس لعدم وجود الحق.

والزواج الشرعى لا تنفصم عراه، إلا بتطبيق الزوج زوجته، أو باختيارها نفسها إذا كانت مفوضة بالطلاق، أو باتفاق الزوجين على الخلع أو المبارأة، أو تطبيق القاضى للزوجة على زوجها إن كان له ما يبرره شرعاً للأسباب التى قررتها قوانين الأحوال الشخصية، من توافر ضرر لحق بالزوجة أو برغبتها فى افتداء نفسها بالخلع. وعلى ذلك فإذا قررت المحكمة السير فى دعوى التطلق المقامة من الزوجة التى أثبتت زواجها بأية كتابة، فإن عليها أن تراعى الاجراءات والقواعد التى نصت عليها القوانين ٢٥ لسنة ١٩٢٠، ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ١ لسنة ٢٠٠٠.

ومن ثم فإن على المحكمة إعمالاً لنص المادة ١٨ / ٢ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أن تبذل جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين وان تعجز عن ذلك. وهنا تثور مشكلة لطيفة كيف تعرض المحكمة الصلح على المدعى عليه إن كان منكراً للزواج، ولكن عليها ذلك إعمالاً لصريح القانون وذلك لأن المحكمة بتقريرها الاستمرار فى نظر دعوى التطلق يعتبر رفضاً ضمنياً لإنكار الزوج الزوجية.

وبعد ذلك تستمر المحكمة في نظر دعوى التطلاق وفقاً للإجراءات القانونية اللازمة لتحقيق الضرر المدعى به، فإذا ثبتت دعوى المدعية قضت المحكمة بتطليقها على المدعى عليه.

أما إذا لم تتمكن المدعية من إثبات دعواها، فأرى هنا، أن تقض المحكمة بعدم قبول الدعوى لا برفضها.

ذلك انه لو قضت المحكمة برفض دعوى المدعية - طالبة تطليقها على المدعى عليه - فإنها تكون قد قضت ضمناً وفصلت في مسألة أولية كلية شاملة أن المدعية زوجة للمدعى عليه وانه لم يتحقق الضرر الذي تطالب من أجله بتطليقها عليه ورفض طلب التطلاق يفيد أن الزوجية قائمة ومستمرة بين المدعية والمدعى عليه وبالتالي يحق للمدعية أن تطالب بحقوقها كزوجة، فإن بيدها ورقة رسمية هي حكم قضائي قضى ضمناً بقيام الزوجية، إذ نوقش في الدعوى قيام الزوجية وثبت قيامها واستمرارها بالقضاء برفض طلب التطلاق.

ذلك حتى لا تمكن من بيدها وثيقة زواج عرفي أو أية كتابة دالة على الزواج من إثبات هذا الزواج بصفة رسمية بحكم قضائي. بأن ترفع دعوى بطلب التطلاق للضرر مثلاً... ثم تحضر شاهداً واحداً أو يشهد بشهادة سماعية فتصدر المحكمة حكماً برفض طلب التطلاق فتحصل على قضاء ضمنى بصحة الزواج ثم تطالب بالحقوق الزوجية.

أما القضاء بعدم قبول الدعوى فهو ما يتفق وصحيح القانون ذلك أن الاستثناء في قبول الدعوى بغير وثيقة رسمية هو للحكم بالتطلاق فإن لم يحكم بالتطلاق تخرج الدعوى عن الاستثناء وتكون غير مقبولة.

هل للزوجة أن تطلب التطلاق - للزواج بأخرى - إذا كان الزواج الثاني ثابتاً بأية كتابة؟

جرى نص الفقرة الثانية من المادة ١٧ على أن تقبل دعوى التطلاق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

والمقصود من هذا الشق أن الزوجة التي لم يثبت زواجها بوثيقة رسمية، ليس لها من الحقوق الشرعية الناتجة عن عقد الزواج سوى طلب التطلق أو الفسخ - حسب الأحوال - إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

ومفاد هذا أن للزوجة المتزوجة بدون وثيقة رسمية وأثبتت زواجها بأية كتابة أن تطلب التطلق على زوجها لزواجه بزوجة أخرى ثابت زواجها بوثيقة رسمية فهل يقبل العكس؟؟

أى أن تقبل دعوى الزوجة المتزوجة بوثيقة رسمية التطلق على زوجها لزواجه بزوجة أخرى ثابت زواجها بأى كتابة وليس بوثيقة رسمية؟

المنطق والعدل يقتضى المساواة بين الزوجتين وصراحة النص لا تمنع ذلك. ذلك أن النص قد جاء عاماً يجيز قبول دعوى التطلق أو الفسخ إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

ونظراً لعموم النص فلا يجوز قصره على الزوجة طالبة التطلق وحدها ذلك أن النص لم يقرر أن للزوجة التي يثبت زواجها بأية كتابة أن تطلب التطلق على زوجها، بل جاءت عبارة النص عامة غير مقيدة بشرط أو قيد تجيز قبول دعوى التطلق إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة، ولم يقصر النص حكمه على الزواج الذى تطلب طالبة الطلاق التطلق منه أو التطلق بسببه، ولذلك فإن النص يكون قد جاء بحكم عام وهو أن تقبل دعوى التطلق إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

وعلى ذلك فإن دعوى التطلق - للضرر، لزواج الزوج بزوجة أخرى - تكون مقبولة، إذا كان زواج طالبة التطلق ثابتاً بأية كتابة أو بوثيقة رسمية لزواج الزوج بزوجة أخرى، أثبت زواجها بوثيقة رسمية أو بأية كتابة ذلك لعموم النص بقبول دعوى التطلق إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

وقد كان مثل هذه الدعوى لا تقبل (لا تسمع) قبل صدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ذلك أنه كان يشترط لسماع دعاوى الزوجية ومن بينها دعاوى التطلق أن يكون الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية وهو ما كان قد استقرت عليه أحكام محكمة النقض.

أما الآن وبعد صدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الذى أجاز قبول دعوى التطلق أو الفسخ إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة. أرى أنه أصبح يجوز للزوجة أن تطلب التطلق على زوجها للضرر لزوجها بأخرى ثابت زواجها بأية كتابة.

وقد جاء نص المادة ١٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بمبدأ عام بإلزام المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم.

«تلتزم المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم...».

وعلى ذلك فإن المحكمة ملزمة بعرض الصلح على الخصوم فى جميع دعاوى الولاية على النفس، وإلا تعرض حكمها للبطلان لعموم النص وإلزامه. ومن بين تلك الدعاوى دعاوى النفقات والأجور والمصروفات بجميع أنواعها فضلا عن دعاوى حضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به وكذا دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها.

فإذا كان طرفى الخصومة حاضرين فالمسألة سهلة فتعرض المحكمة عليهما الصلح أما إذا لم يكن أحد الخصوم حاضرا أمام المحكمة، فهنا وطبقا لصريح النص تلتزم المحكمة بتحديد جلسة للصلح وإعلان الغائب من الخصوم بها، فإذا تخلف الخصم بعد إعلانه بها بغير عذر عن الحضور فإنه يعتبر رافضا له، أما ان كان تخلفه عن الحضور بعذر فعلى المحكمة تأجيل الدعوى لجلسة أخرى لعرض الصلح عليه.

وقد استلزمت الفقرة الثانية من المادة ١٨ المشار إليها ألا يحكم فى دعاوى الطلاق أو التطلق بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن إتمام الصلح بينهما ولم يوضح القانون كيفية بذل المحكمة لجهدا فى محاولة الصلح، وعلى ذلك يجب أن يكون عرض الصلح جديا تحاول فيه المحكمة بتبسيط نقط الخلاف بين الطرفين، لا أن يكون عرضا شكليا لمجرد إتمام واستيفاء الإجراءات الشكلية قبل الحكم بالتطبيق.

وقد استلزم النص (١٨ / ٢) فى شقة الأخير ان يكون عرض الصلح مرتين على

الأقل إن كان للزوجين ولد، وعلى ذلك إن كان قد تبين للمحكمة أثناء عرض الصلح أمل فى إتمام الصلح بين الطرفين فعليها ان تمنح طرفى الخصومة فرصة ثالثة وتعاود عرض الصلح عليهما إن كان هنا بارقة أمل فى إتمامه بينهما والمحكمة صاحبة الخيار والتقدير فى هذا الشأن بشرط أن تبذل جهدا فى عرض الصلح وأن تعرضه مرتين على الأقل، إذا كان للزوجين ولد، قبل الحكم بالتطليق.

وهذا الإلزام بعرض الصلح وتكراره مرتين على الأقل إذا كان للزوجين ولد - هو واجب على المحكمة فى جميع دعاوى الطلاق والتطليق، أيا كان سبب طلب التطليق، سواء كان لعدم الإنفاق، أو الغيبة، أو لحبس الزوج، أو الضرر أيا كان السبب الناتج منه الضرر من إساءة المعاملة أو الهجر أو وجود عيب أو مرض بالزوج أو للزوج بأخرى من أسباب التطليق المنصوص عليها بقوانين الأحوال الشخصية أو قوانين المجالس المالية (عند إتحاد الزوجين فى الملة والطائفة) أو للخلع إعمالا للمادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

وعرض الصلح هذا وأجب على المحكمة سواء أكانت الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية أو بأية كتابة.

وقد نصت المادة ١٩ من القانون على أنه :

«فى دعاوى التطليق التى يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الإمكان - فى الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه.

وعلى الحكمين المثل أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا اليه معا، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما

تستقيه من أوراق الدعوى».

وقد اشتمل نص المادة ١٩ - والتي تضمنت تنظيم إجراءات ندب الحكّمين وأداؤهما مهمتهما في دعاوى التّطبيق التي يوجب القانون ندب حكّمين فيها - تعديلات هامة - وحسنا فعلت - وغايرت تنظيم ندب الحكّمين الذي كان منصوصا عليه في المواد ٨، ١٠، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ومن ثمّ فانهما تكون طبقا للقواعد العامة ولما نص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من مواد قانون الإصدار رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد ألغت ضمنا ما تتضمنه هذه المواد من أحكام - عدا الفقرة الأخيرة من المادة (١١) - وذلك فيما كانت تتضمنه من إجراءات مطولة وإلزام للمحكمة برأى الحكّمين.

وهذه التعديلات الهامة هي :

أولاً: اختصار إجراءات ندب الحكّمين وتقصير المدة التي يقومون فيها بأداء مأموريتهم وذلك بأن تكلف المحكمة كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله إن أمكن له في الجلسة التالية على الأكثر، أى يجوز للمحكمة أن تحدّد موعد اختيار الحكم وتسمية في مدة معينة خلال فترة التّأجيل قبل الجلسة المحددة. فان لم يعين أحد الزوجين حكما عنه أو لم يحضر بالجلسة المحددة عينت المحكمة حكما عنه.

ثانياً: اختصار مدة أداء الحكّمين لمأموريتهم وقصرها على فترة التّأجيل إلى الجلسة التالية فقد أوجبت المادة ١٩ / ٢ على الحكّمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا اليه فان اختلفا أو تخلف أحدهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين. وقد سكّنت المادة عن بيان الحكم في حالة تخلف الحكّمين جميعا عن الحضور في الجلسة التالية.

وهنا للمحكمة الخيار إما أن تمنح الحكّمين مهلة أخرى وتخطرهما بذلك. أو أن تستمر في نظر الدعوى. واستكمال إجراءاتها، ذلك ان رأى الحكّمين استشارى وأنه

مجرد دليل فى الدعوى كما سيأتى بيانه حالاً.

ثالثاً: وهو الأهم: اعتنق القانون بالنسبة للحكمين مبدءاً هاماً هو ان طريق الحكمين هو الشهادة وليس الحكم، بخلاف ما كان عليه الحال قبل التعديل.

فقد نصت المادة ١٩ / ٣ على أن «للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى».

وعلى ذلك فإن رأى الحكمين - أيّاً كان رأيهما ولو أجمعاً عليه - استشارى وليس ملزماً للمحكمة ولها أن تأخذ به، أو بجزء منه، أو تطرحه كلية وذلك حسب ما يتبين لها من أوراق الدعوى ومستنداتهما وهى صاحبة رأى الأول والأخير عند الفصل فى موضوع الدعوى.

وقد نصت المادة ٢٠ من القانون على ان : «للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاته مساعى الصلح بينهما، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض».

وبهذا تكون هذه المادة قد قررت حكماً موضوعياً بقبول طلب التطليق على الخلع.

وإن كان هذا الحكم الموضوعى خارج عن نطاق موضوعات الإثبات. إلا أنى أرى أن أتناولها بتعليق سريع موجز. لإيضاح بعض اللبس بالنسبة إليها.

فأقول:

الأصل أن يتم الخلع رضاءً بين الزوجين ذلك لانه يمين من جانب الزوج

ومعاوضه من جانب الزوجة(٩).

وإذا حدث أن تضررت الزوجة وتشاق الزوجان وخافت الزوجة ألا تقيم حدود الله (أى ما تلزم به من واجبات الزوجية) وطلبت من زوجها الخلع أو الطلاق على مال فلم يقبل الزوج ورفض تطليقها.

فهل تستمر الزوجة فى الزوجية متضررة رغم أنفها أم يكون أمامها طريق للخلاص مما يضجرها؟

قبل صدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ كان أمامها طريق ملتوى للخلاص من الزوجية وهى أن تقيم دعوى بطلب التطليق للضرر، وإذ لم يثبت ضرر من جانب الزوج إذ لم يخطئ فى حقها وإنما هى التى تشاقت وخافت ألا تقيم حدود الله فيحكم برفض الدعوى. ولما كانت لا تستطيع الاستمرار فى الزواج فإنها تقيم دعوى جديدة بطلب التطليق للضرر، وإزاء عدم إثباتها ضرراً من جانب الزوج، تبعث المحكمة حكماً إعمالاً للمواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وإذ يثبت للحكمين أنه لا إساءة من جانب الزوج وأن الزوجة هى المتضررة وأنها لا تستطيع إقامة حدود الله، إقترحاً التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة (مادة ١٠/٢).

وقد رأى المشرع إختصاراً للإجراءات وتيسيراً على الزوجة التى لا ترغب فى إستمرار الحياة الزوجية رغم عدم وجود إساءة من جانب الزوج ولكنها لا تستطيع البقاء فى الحياة الزوجية معه، ولم يتراضى معها على الخلع أو تطليقها نظير مال.

فقد رأى المشرع إستحداث طريق جديد للتطليق للضرر إذا خشيت الزوجة ألا تقيم حدود الله ورفض الزوج تطليقها، هو التطليق للضرر على الخلع فنص فى المادة ٢٠ المشار إليها آنفاً أن من حق الزوجة أن تطلب التطليق على الخلع، ذلك بأن تفتدى نفسها بأن تتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وترد عليه الصداق الذى أعطاه لها.

(٩) راجع أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية للمؤلفين طبعة نادى القضاة سنة ١٩٩٤ ص ٣٥٣ - ٣٦٩.

وكذا طبعة سنة ٢٠٠٣.

فإذا أقامت الزوجة الدعوى بطلب التطليق على الخلع استناداً إلى المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فإن على المحكمة أن تبذل جهداً في محاولة الصلح بينها إعمالاً للمادة ١٨ من القانون ، فإن لم توفق في الصلح ندبت حكيمين اعمالاً للمادة ١٩ من القانون، فإن عجزت المحكمة والحكمين عن إتمام الصلح، وقررت الزوجة أنها تبغض الحياة الزوجية وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض وتنازلت عن جميع حقوقها المالية الشرعية (١٠) وردت على زوجها الصداق الذي أعطاه لها طلقها عليه المحكمة.

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ المشار إليها على أنه «ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار، أو نفقتهم أو أى حق من حقوقهم». والشق الأول من هذه الفقرة صحيح شرعاً ذلك أن حضانة الصغار كما أنها حق للزوجة الحاضنة فإنها أيضاً حق للصغار لا يملك أحد التنازل عنه.

أما الشق الثانى فإنه يجوز شرعاً أن يكون مقابل الخلع التنازل عن نفقة الصغار ومعناه أن تتحمل الزوجة نفقة الصغار من مالها الخاص مقابل نقدي للخلع (١١). ونصت الفقرة الرابعة من المادة على أن : «ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن». وهذا مطابق للحكم الشرعى لأنه طلاق على مال.

ونصت الفقرة الخامسة على أنه : «ويكون الحكم - فى جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن». وهذا من موضوعات المرافعات والبحث فيه خارج عن موضوع الإثبات الذى هو مجال البحث فى هذا المصنف.

هذا وقد قضت المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٠١ لسنة ٢٣ قضائية «دستورية» يطلب الحكم بعدم دستورية قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والمادة ٢٠ منه قضت بجلسته ٢٠٠٢/١٢/١٥ برفض الدعوى.

(١٠) المرجع السابق ص ٣٦٠ وما بعدها.

(١١) المرجع السابق ص ٣٦٥ وما بعدها.

وجاء بأسباب الحكم:

وحيث إن المدعي ينعي علي المادة ٢٠ المطعون عليها مخالفتها للدستور، لمناقضتها لأحكام الشريعة الإسلامية التي تشترط قبول الزوج للخلع، فضلاً عن أن ما قررته من عدم قابلية الحكم الصادر بالخلع للطعن بأي طريق، فيه إهدار لحق التقاضي الذي كفله الدستور للناس كافة.

وحيث أنه عن النعي بمخالفة النص الطعين لأحكام الشريعة الإسلامية، فإن المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ - إذ نصت علي أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، فإن مقتضي ذلك أنه لا يجوز لنص تشريعي يصدر في ظله أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يمتنع الاجتهاد فيها لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، وليست كذلك الأحكام الظنية في ثبوتها أو دالاتها أو فيهما معاً، فهذه تتسع دائرة الاجتهاد فيها تنظيمياً لشئون العباد، وضماناً لمصالحهم التي تتغير وتتعدد مع تطور الحياة وتغير الزمان والمكان، وهو اجتهاد وإن كان جائزاً ومندوباً من أهل الفقه، فهو في ذلك أوجب وأولي لولي الأمر، يبذل جهده في استنباط الحكم الشرعي من الدليل التفصيلي، ويعمل حكم العقل فيما لا نص فيه، توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بعباده، وتسعها الشريعة الإسلامية التي لا تضيي قدسية علي آراء أحد من الفقهاء في شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدال غيرها بها بمراعاة المصلحة الحقيقية للجماعة التي لا تناقض المقاصد العليا للشريعة، ويكون اجتهاد ولي الأمر بالنظر في كل مسألة بخصوصها بما يناسبها، إخماداً للثائرة، وإنهاءً للتنازع والتناحر، وإبطاً للخصومة، مستعيناً في ذلك كله بأهل الفقه والرأي، وهو في ذلك لا يتقيد بالضرورة بآراء الآخرين، بل يجوز أن يُشرع علي خلافها، وأن ينظم شئون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة، بما يرد الأمر

المتنازع عليه إلي الله ورسوله، وكان حقاً عليه عند الخيار بين أمرين مراعاة أيسرهما ما لم يكن إثمًا، فلا يُضَيَّق علي الناس، أو يُرهقهم من أمرهم عُسراً، وإلا كان مصادماً لقوله تعالى «ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج».

وحيث إنه لما كان الزواج قد شرع - في الأصل - ليكون مؤبداً، ويستمر صالحاً، وكانت العلاقة الشخصية بين الزوجين هي الصلة التي تجعل الحياة الزوجية صالحة فيبقي الزواج بها، لذلك فقد حرص الشارع - عز وجل - علي بقاء المودة وحث علي حسن العشرة، ولكن عندما تحل الكراهية محل المودة والرحمة، ويشد الشقاق ويصعب الوفاق، فقد رخص سبحانه وتعالى للزوج أن ينهي العلاقة بالطلاق يستعمله عند الحاجة وفي الحدود التي رسمها له الشارع الحكيم، وفي مقابل هذا الحق الذي قرره جل شأنه للرجل فقد كان حتماً مقضياً أن يقرر للزوجة حقاً في طلب التطلاق لأسباب عدة، كما قرر لها حقاً في أن تفتدي نفسها فترد علي الزوج ما دفعه من عاجل الصداق وهو ما عُرِفَ بالخُلْع. وفي الحالين، فإنها تلجأ إلي القضاء الذي يطلقها لسبب من أسباب التطلاق، أو يحكم بمخالعتها لزوجها، وهي مخالعة قال الله تعالى فيها: «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به، تلك حدود الله فلا تعتدوها، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون» - الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة - بما مؤداه أن حق الزوجة في مخالعة زوجها وافتداء نفسها مقابل الطلاق قد ورد به نص قرآني كريم قطعي الثبوت، ثم جاءت السنة النبوية الكريمة لتُنزل الحكم القرآني منزلته العملية، فقد روي البخاري في الصحيح عن عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلي النبي - صلي الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله، ما أنقم علي ثابت في دين ولا خلق، إلا أنني أخاف الكفر في الإسلام، فقال رسول الله - صلي الله عليه وسلم - : «أفتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم وأزيد، فقال لها أما الزيادة فلا، فردت عليه حديقته، فأمره،

ففارقها. وقد تعددت الروايات في شأن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم، منها الرواية السابقة ومنها أنه أمره بتطليقها، وفي رواية أخرى أنه طلقها عليه، وكان ثابت بن قيس غير حاضر، فلما عرف بقضاء رسول الله قال: رضيت بقضائه. فالخلع إذاً في أصل شرعته من الأحكام قطعية الثبوت لورود النص عليه في كل من القرآن والسنة. أما أحكامه التفصيلية فقد سكت عنها العليم الخبير جل شأنه - لحكمة قدرها - وتبعه الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم في ذلك، ولذا فقد اجتهد الفقهاء في شأن هذه الأحكام، فمنهم من ذهب إلى لزوم موافقة الزوج علي الخلع، قولاً بأن ما ورد بالحديث الشريف من رد الحديقة والأمر بالمفارقة، كان من قبيل الندب والإرشاد، فلا يقع الطلاق بالخلع إلا بموافقة الزوج، علي حين ذهب فريق آخر إلى أن الأمر بالمفارقة كان أمر وجوب، فيقع الخلع إما برضاء الزوجين، أو بدون موافقة الزوج وذلك بحكم ولي الأمر أو القاضي، فكان لزاماً - حتي لا يشق الأمر علي القاضي - أن يتدخل المشرع لبيان أي من الرأيين أولي بالاتباع، وهو ما نحا إليه النص المطعون فيه، فأخذ بمذهب المالكية وأجاز للزوجة أن تخالعه إذا ما بغضت الحياة مع زوجها وعجز الحكمان عن الصلح بينهما فيخلعها القاضي من زوجها بعد أخذ رأي الحكّمين، علي أن تدفع إليه ما قدمه في هذا الزواج من عاجل الصداق. وليس ذلك إلا إعمالاً للعقل بقدر ما تقتضيه الضرورة بما لا ينافي مقاصد الشريعة الإسلامية وبمراعاة أصولها، ذلك أن التفريق بين الزوجين في هذه الحالة، من شأنه أن يحقق مصلحة للطرفين معاً، فلا يجوز أن تُجبر الزوجة علي العيش مع زوجها قسراً عنها، بعد إذ قررت أنها تبغض الحياة معه، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وأنها تخشي ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، مما حدا بها إلي اقتدائها لنفسها وتنازلها له عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردها الصداق الذي أعطاه لها. والقول باشتراط موافقة الزوج يؤدي إلي إجبار الزوجة علي الاستمرار في حياة تبغضها، وهو ما يتعد بعلاقة الزواج عن الأصل فيها، ألا وهو السكن والمودة والتراحم، ويجعل الزوج، وقد تخفف من كل عبء مالي ينتج عن الطلاق، غير

ممسك بزوجته التي تبغضه إلا إضراراً بها، وهو إضرار تنهي عنه الشريعة الإسلامية، وتتأذى منه العقيدة الإسلامية فيما قامت عليه من تكامل أخلاقي وسمو سلوكي، ويتنافى مع قاعدة أصولية في هذه الشريعة وهي أنه لا ضرر ولا ضرار.

وحيث إنه لما تقدم، فإن النص الطعين يكون قد نهل من أحكام الشريعة الإسلامية منهلاً كاملاً، فقد استند في أصل قاعدته إلى حكم قطعي الثبوت، واعتنق في تفاصيله رأي مذهب من المذاهب الفقهية، بما يكون معه في جملته موافقاً لأحكام هذه الشريعة السامحة، ويكون النعي عليه مخالفتها ومن ثم مخالفة المادة الثانية من الدستور نعيّاً غير صحيح بما يوجب رفضه.

وحيث إن الأصل في السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق - ومن بينها حق التقاضي المقرر بنص المادة ٦٨ من الدستور - هو إطلاقها ما لم يقيد بها الدستور بضوابط معينة، منها أن هذا التنظيم ينبغي ألا يؤدي إلى إجراء تمييز تحكيمي فيما بين أصحاب المراكز القانونية المتكافئة بلا أساس موضوعي يبرره، كما أنه ليس كل تقسيم تشريعي يعتبر منافياً لمبدأ المساواة، بل يتعين دوماً أن يُنظر إلى النصوص القانونية باعتبارها وسائل حددها المشرع لتحقيق أغراض يتغيها، فلا يستقيم إعمال مبدأ المساواة أمام القانون - المنصوص عليه بالمادة ٤٠ من الدستور - إلا على ضوء مشروعية تلك الأغراض واتصال هذه الوسائل منطقياً بها، إذ لا يتصور أن يكون التقسيم التشريعي منفصلاً عن هذه الأغراض التي يتغيها المشرع. لما كان ذلك وكان قضاء هذه المحكمة قد جري على أن قصر التقاضي على درجة واحدة لا يناقض الدستور، وإنما يدخل في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، فإن ذلك مؤداه أن الوقوف بالتقاضي عند درجة واحدة استناداً إلى أسس موضوعية، لا ينتقص من حق التقاضي الذي يكفله الدستور للناس كافة.

وحيث إن التنظيم التشريعي للخلع - طبقاً للنص المطعون فيه - هو تنظيم متكامل ينفرد بكونه وحدة لا تتجزأ في جميع عناصرها ومقتضياتها الشرعية، قصد به المشرع دفع الضرر ورفع الحرج عن طرفي العلاقة الزوجية، إذ يرمي إلى رفع

الظلم عن الزوجات اللاتي يعانين من تعنت الأزواج عندما يستحكم النفور ويستعصي العلاج كما يرفع عن كاهل الأزواج كل عبء مالي يمكن أن ينجم عن إنهاء العلاقة الزوجية، فالتنظيم يقوم علي افتداء الزوجة نفسها بتنازلها عن جميع حقوقها المالية الشرعية، ورد عاجل الصداق الذي دفعه الزوج لها، المثبت في عقد الزواج أو الذي تقدره المحكمة عند التنازع فيه، وإقرارها بأنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة بينهما، وتخشي ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، فإذا لم يوافق الزوج علي التطليق، فإن المحكمة تقوم بدورها في محاولة للصلح بين الزوجين ثم تندب حكّامين لموالاته ذلك، دون التزام علي الزوجة بأن تبدي أسباباً لا تريد الإفصاح عنها، ومن ثم لا تبحث المحكمة أسباباً معينة قانونية أو شرعية، أو تحقق أضراراً محددة يمكن أن تكون قد لحقت بها، فإن لم يتم الوفاق، وعجز الحكّمان عنه، تتحقق المحكمة من رد الزوجة لعاجل الصداق بعد أن تستوثق من إقراراتها، ثم تحكم بالخُلْع، الذي تقع به طليقة بائنة، أخذاً بما أجمع عليه فقهاء المسلمين، ومن ثم يكون أمراً منطقياً أن ينص المشرع علي أن الحكم الصادر بالخُلْع في جميع الأحوال يكون غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن تقديراً بأن الحكم يُبني هنا علي حالة نفسية وجدانية تقررهما الزوجة وحدها، وتُشهد الله وحده علي بغضها الحياة مع زوجها وخشيتها هي دون سواها ألا تقيم حدود الله، ومن ثم تنتفي كلفة علة التقاضي علي درجتين، حيث تعطي درجة التقاضي الثانية فرصة تدارك ما عساها تخطيء فيه محكمة أول درجة من حصر للوقائع أو استخلاص دلالتها، أو إلمام بأسباب النزاع، أو تقدير لأدلته، أو إنزال صحيح حكم القانون عليه، بما مؤداه أن دعوي التطليق للخُلْع تختلف في أصلها ومرماها عن أية دعوي أخرى، حيث تقتضي أن يكون الحكم الصادر فيها منهياً للنزاع برمته وبجميع عناصره، بما في ذلك ما قدر يثار فيها من نزاع حول عاجل الصداق الواجب رده، والقول بغير ذلك يفتح أبواب الكيد واللد في الخصومة التي حرص المشرع علي سدها ويهدم التنظيم من أساسه، فلا يحقق مقاصده الشرعية والاجتماعية المنشودة. ومتي كان ما تقدم،

فإن النص الطعين فيما قرره من عدم قابلية الحكم الصادر بالخلع للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن يكون قائماً علي أسس موضوعية تسانده وينهض أيضاً مبرراً لمغايرته - في هذا الشأن - عما سواه من أحكام تصدر بالتطبيق للضرر أو لغيره من أسباب، ومن ثم فلا يكون النص الطعين، فيما تضمنه من عدم قابلية الحكم الصادر بالخلع للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن، متقصاً من حق التقاضي أو مارقاً عن مبدأ المساواة.

وحيث إن النص الطعين لا يخالف أي حكم آخر من أحكام الدستور.

وجري نص المادة ٢١ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية علي أن

« لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار، إلا بالإشهاد والتوثيق، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، ويدعوهما إلي اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما. فإن أصر الزوجان معا علي إيقاع الطلاق فوراً، أو قررا معاً أن الطلاق قد وقع، أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه.

وتطبق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة تطبيق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج.

ويجب علي الموثق إثبات ما تم من إجراءات في تاريخ وقوع كل منها علي النموذج المعد لذلك، ولا يعتد في إثبات الطلاق في حق أي من الزوجين إلا إذا كان حاضراً إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية» .

ولنا تعليق علي هذه المادة فأقول:

مؤدي مفهوم هذا النص أنه لا يتعرض لإيقاع الطلاق وأنه باق علي ما هو عليه طبقاً للقواعد العامة من أن الطلاق يقع بمجرد التلفظ بالألفاظ الدالة عليه صراحة أو ضمناً إذا كان المقصود بها إيقاع الطلاق. وإنما اشترط النص لإثبات الطلاق عند الإنكار (الإشهاد والتوثيق) بمعنى انه لا يعتد في إثبات الطلاق - عند الإنكار - إلا

(بالإشهاد والتوثيق)، أي لا يعتد بالبينة أو النكول عن اليمين أو بأية كتابة أخرى غير التوثيق.

هنا يثور التساؤل:

ما المقصود بالاعتداد بإثبات الطلاق؟؟

وما المقصود بأن لا يكون الاعتداد بإثبات الطلاق، إلا من تاريخ الإعلان، إذا لم يكن الزوج الآخر حاضراً لإجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه؟؟
أولاً: ما معني أنه لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق.
معناه ومفهوم الألفاظ اللغوي والقانوني انه إذا وقع الطلاق وثبت بالإشهاد والتوثيق فإنه يعتد بوقوع الطلاق وتترتب عليه آثاره الشرعية والقانونية.

أما إذا وقع الطلاق بالقول ولم يثبت (بالإشهاد والتوثيق) ثم أنكر فلا يجوز إثباته بدليل آخر - ويكون معناه، كأن لم يقع طلاق وأن الحياة الزوجية لازالت مستمرة في نظر هذا النص - وأن الزوجة لازالت علي عصمة زوجها ويجب عليها أن تكون في طاعته، رغم أنها مطلقة - إعمالاً للقواعد الشرعية وللفقرة الأخيرة من المادة ٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩، المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التي تقضي بأنه تترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه.. - ولكن لا تستطيع الفكك من قيود الزوجية لعدم إمكانها إثبات الطلاق.

ونص المادة ٢١ المشار إليه، بقصره إثبات الطلاق علي (الإشهاد والتوثيق) فقط يكون قد خالف القواعد والأصول الشرعية.

ذلك أن القاعدة الشرعية أن الطلاق يقع بمجرد التلفظ بالقول أو بالكتابة بأحد الألفاظ الدالة صراحة علي الطلاق أو بأي عبارة تقوم مقامه ويقصد بها الطلاق، ممن يملكه وهو الزوج أو من ينيبه أو يوكله في ذلك أو الزوجة المفوضة بالطلاق باختيارها نفسها، متي كان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق.

والأصل المقرر شرعاً أن الطلاق يثبت بكافة طرق الإثبات، من بينة وإقرار ونكول عن اليمين.

وقد خرج نص المادة ٢١ المشار إليه علي هذا الأصل الشرعي وقصر إثبات الطلاق عند الإنكار علي (الإشهاد والتوثيق).

وعلي ذلك إذا طلق الزوج زوجته بلفظ الطلاق الصريح أمام مجموعة من الناس، ثم رفض أن يوثق الطلاق ولجأت الزوجة لإثبات الطلاق وقالت أنها تركزن في إثبات دعواها إلي البينة وأنكر الزوج، فإن المحكمة وإعمالاً لنص المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليها، سوف تقض برفض دعواها. ذلك أن القانون اشترط وإستلزم لإثبات دعواها بالطلاق عند الإنكار أن يكون الطلاق ثابتاً (بالإشهاد والتوثيق).

ولو فرض أن هذا الطلاق كان المكمل للثلاث وأصبحت محرمة علي زوجها ولجأت إلي دعوي الحسبة، فإن النيابة العامة، سوف تقف مكتوفة اليدين أمام صراحة النص وحسمه في إثبات الطلاق بأن لا يعتد في إثبات الطلاق إلا (بالإشهاد والتوثيق).

وقد كان الاتساق التشريعي يستلزم حتي تتواءم المادة ٢١ مع الأصول الشرعية - وهو ما تداركه المشرع ونص عليه في المادة التالية لها، وهي المادة ٢٢ من القانون من انه مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات، لا يقبل عند الإنكار...»

وكان من الواجب أن يتضمن نص المادة ٢١ ذلك. وأن يبدأ النص بعبارة (مع عدم الإخلال بحق الزوجة المطلقة، أو الزوج إذا اختارت الزوجة المفوضة بالطلاق تطبيق نفسها في إثبات الطلاق بكافة طرق الإثبات) ثم يرد باقي النص بأنه «لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد أو التوثيق» وذلك لإلزام من قام بالتطبيق بإثبات الطلاق وتوثيقه، وهو الأمر الذي لا يمكنه ولا يستطيعه من وقع عليه الطلاق، بأن يمنع فقط من أوقع الطلاق بنفسه أو بوكيل عنه من الإثبات إلا بالإشهاد والتوثيق، وحتى يتوافق النص مع الأصول والقواعد الشرعية.

والنص بوضعه الحالي في هذا الخصوص يخالف الأصول والقواعد الشرعية

وبالتالي فإنه مشوب بعدم الدستورية.

ثانياً: تتضمن الشق الأخير من الفقرة الأخيرة من المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ انه «..... ولا يعتد في إثبات الطلاق في حق أي من الزوجين إلا إذا كان حاضراً إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية».

فما المقصود بعدم الاعتداد في إثبات الطلاق هنا؟؟

مفهوم ذلك وتطبيقاً للقواعد والأصول الشرعية والقانونية أن الطلاق يقع شرعاً في تاريخ وقوعه، ولكنه لا تسمع الدعوي به ولا يقبل إثباته - عند الإنكار - إلا (بالإشهاد والتوثيق) ويكون من حضر الواقعة القانونية علي علم بها وبما تم فيها، أما من لم يكن حاضراً بنفسه أو بنائب عنه، فلا يفترض علمه بها إلا بعد إعلانه بها. وعلي ذلك فإن الطلاق يقع فعلاً في وقت إيقاعه ولا يثبت في حق الزوج الآخر إلا بإعلانه، وإعلانه يكون ثبت أن الطلاق قد وقع فعلاً من تاريخ إيقاعه - وقت إيقاع الطلاق وليس وقت إثباته - فثبوت في حق الزوج الآخر بثبوت أنه وقع فعلاً في الموعد الذي وقع فيه، والذي تبدأ منه آثاره القانونية والشرعية والقول بغير ذلك فيه مخالفة للقواعد والأصول القانونية والشرعية.

إضافة وتكملة:

بسبب مخالفة نص المادة ٢١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ للقواعد والأصول الشرعية في إثبات الطلاق تقابلنا هذه المشكلة.

أجاز قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ في الفقرة الثانية من المادة ١٧ منه بعد أن منع فيها سماع الدعاوي الناشئة عن عقد الزواج عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية - أجاز قبول دعوي التطليق إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة.

فإذا ادعت طالبة الطلاق المتزوجة بعقد ثابت بالكتابة - وليس بوثيقة رسمية - أن زوجها طلقها بالقول ورفض إثبات ذلك الطلاق بالكتابة علي وثيقة زوجية

العرفية المحررة بينهما أو إثباتها بأي كتابة أخرى لتكون دليلاً لديها علي الطلاق في مقابلة وثيقة الزواج العرفي الموجود صورتها معه. فهل تستطيع إثبات هذا الطلاق بشهادة الشهود (البينة) أولاً يثبت الطلاق إعمالاً للمادة ٢١ من ذلك القانون إلا بالإشهاد والتوثيق وكيف لها أن تحصل علي توثيق والزواج نفسه غير موثق.

فهل يقبل منها إثبات الطلاق بالبينة أو النكول عن اليمين فتكون أحسن حالاً من التي هي زواجها ثابت بوثيقة رسمية أم لا يقبل منها الإثبات فينغلق عليها باب إثبات الطلاق الذي وقع عليها والذي سعي القانون إلي أن يفتحه لها ويسر لها طلب التطبيق. وبالتالي تضع الحقوق علي أصحابها بسبب مخالفة المادة ٢١، لأصول وقواعد الشريعة الإسلامية.

ونخرج من هذا إلي أنه:

لا منطق ولا اتساق ولا تناسق بين القواعد القانونية التي قررتها مواد متتالية في القانون.

المادة ١٧ تجيز إثبات الزواج (نفسه) إذا كان ثابتاً بورقة عرفية أو بأية كتابة لتمكن الزوجة لكي تتخلص من قيود الزواج بالطلاق.

بينما تشترط المادة ٢١ وتستلزم من أنه لا يقبل إثبات الطلاق، من الزوجة - لكي تتخلص من قيود زواج انقضي بالطلاق شرعاً - إلا إذا كان الطلاق ثابتاً بالتوثيق والإشهاد، أي لا يجوز إثباته بإقرار عرفي أو بأية كتابة.

ورغم مخالفة هذه المادة الأخيرة للقواعد والأصول الشرعية فأني منطق في هذا!!! هذا التناقض نشأ عن مخالفة القواعد الشرعية، إذ لو اتبعت القواعد الشرعية وطبقت تطبيقاً صحيحاً لما حدث هذا الخلاف.

ونصت المادة ٢٢ من قانون تنظم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية علي أن.

«مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات. لا يقبل عند الإنكار إدعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة

رسمية قبل انقضاء ستين يوماً لمن تحيض وتستعين يوماً لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها، وذلك ما لم تكن حاملاً أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتي إعلانها بالمراجعة».

وقبل الدخول في التعليق علي هذا النص يجدر الإشارة هنا إلي أن المشرع في هذا النص الخاص بإثبات المراجعة - قد تجنب الخطأ الذي وقع فيه بالنسبة للنص السابق عليه مباشرة - الخاص بإثبات الطلاق - بأن أجاز للطرف الآخر في التصرف إثبات الواقعة التي تمت من الطرف الآخر وإن لم يوثقها.

ذلك بأن النص أجاز للزوجة إثبات مراجعة زوجها لها وإن لم يوثق الزوج هذه المراجعة بينما في النص السابق المادة (٢١) لم يجز للمطّلق - الزوجة المطلقة، أو الزوج إن كانت الزوجة مفوضة بالطلاق واختارت نفسها - أن يثبت الطلاق الواقع من الطرف الآخر إذا أنكر إيقاعه، بعد إيقاعه بالقول، وعدم الإشهاد عليه.

وهذا الذي جاء به النص في الشق الأول منه هو ما هو مقرر شرعاً ومتفق مع مبادئ الشريعة وأصولها. ففي حالة الإقرار، إذا أدعي الزوج مراجعة زوجته ولم تنكر هي ذلك، أو أدعت الزوجة مراجعة زوجها لها ولم ينكر هو ذلك، فالأمر متفق عليه ويعتد بالمراجعة بغير ما حاجة إلي التوثيق، وإن كان التوثيق أفضل لما قد يحدث مستقبلاً ولا نعلمه الآن.

أما في حالة الإنكار، فإذا ادعت الزوجة مراجعته زوجها لها وأنكر هو أنه راجعها، ولأن التوثيق ليس بيدها لأن الزوج هو المراجع، فقد أجاز لها القانون في الشق الأول من المادة ٢٢ إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.

أما إذ أدعي الزوج مراجعته لزوجته وأنكرت هي ذلك، فقد الزمه القانون بإثبات المراجعة بورقة رسمية تعلن للزوجة، ولم يجز القانون له إثبات المراجعة بغير ذلك الطريق.

وحسنا ما أتى به القانون في هذا الشأن ذلك أنه بعد استلزام توثيق الطلاق فإن الزواج وقد انقضت أحكامه بالطلاق، فإنه قد يصعب بعد ذلك إثبات ما قد يترتب

من حقوق وواجبات في الزواج بعد مراجعة الزوج لزوجته والإخفاق في إثبات وقوع المراجعة واستمرار الزوجية فإن الظاهر هو انقضاؤها بالطلاق فإن ثبتت المراجعة بورقة رسمية ثبت الاستمرار ثبوتاً لا خلاف عليه ولا يقبل إنكاره بعد ذلك واستحق كل ذي حق حقه.

ولكن القانون عند تحديده طريقة الإعلان والمواعيد التي استلزم إتمام الإعلان فيها فإنه قد خالف في بعضها وخرج عن قواعد وأصول الشريعة الإسلامية، وذلك علي التفصيل الآتي بيانه:

المقرر شرعاً - وعلي ما هو عليه العمل طبقاً للقوانين المعمول بها الآن - أن العدة تبدأ فوراً عقب إيقاع الطلاق، ولا يتوقف ذلك علي إثبات الطلاق أو علم الزوجة أو إخطارها به. والتوثيق هنا للإثبات وليس للإنشاء والحدوث فإن الطلاق يقع بمجرد التلفظ به.

وقد نصت المادة ٥ مكرراً من القانون ٢٥ لسنة ٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في فقرتها الأولى علي أنه «علي المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدي المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق» ونصت في فقرتها الأخيرة علي انه «تترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه

ويؤخذ علي نص المادة ٢٢ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ انه.

أولاً: اعتداده بتاريخ توثيق الطلاق لتبدأ منه مراجعة المطلق لزوجته وليس بتاريخ إيقاع الطلاق المقرر شرعاً أن تبدأ العدة منه.

ثانياً: اعتداده في إيقاع المراجعة خلال فترة العدة بتاريخ إعلان الزوجة بالمراجعة وليس بتاريخ إيقاع المراجعة وإثباته في الورقة الرسمية، رغم أن المقرر شرعاً أن المراجعة هي امتداد لزوجية قائمة وتكون بالقول أو بالفعل. وأنها تقع بمجرد القول أو الفعل، والإشهاد ليس شرطاً لوقوعها وإنما للإثبات.

وذلك حسب البيان الآتي:-

المقرر شرعاً طبقاً للرأي الراجح في المذهب الحنفي - وإعمالاً لنص المادة ٣ / ١

من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ - ان أقل مدة تصدق فيها الزوجة المطلقة من ذوات الحيض بانقضاء عدتها هي (٦٠) يوما من تاريخ إيقاع الطلاق.

فيإذا حدث وراجع الزوج المطلق زوجته المطلقة في اليوم الـ (٥٩) أو (٦٠) وتقدم بالإعلان الرسمي يوم مراجعته في ذات اليوم ولكن تم إعلان الزوجة بعد فوات ميعاد الـ (٦٠) يوم - لأنه عملا لا يتم إعلان أوراق المحضرين في ذات يوم تقديمها - وأنكرت هي المراجعة بأنها تسلمت الإعلان بعد إنقضاء عدتها. أو تصادف أن وافق هذا اليوم الذي راجع فيه زوجته كان يوم (جمعة) مثلا أو صادف عطلة رسمية - كعطلة أحد الأعياد التي تستمر لعدة أيام - وأثبت هذه المراجعة في ورقة الإعلان ثم تقدم بها يوم السبت التالي ليوم الجمعة أو أول يوم عمل بعد انتهاء عطلة العيد، وكان ذلك بعد فوات ميعاد (الستين يوما) وأنكرت الزوجة أن المراجعة تمت قبل انقضاء عدتها. هنا وطبقاً لصريح النص القانوني في المادة (٢٢) لا يقبل ادعاء الزوج بالمراجعة ما لم يعلنها قبل انقضاء (الستين يوما) ذلك ولو كان الزوج قد أثبت المراجعة لدى المأذون بالقسيمة المخصصة للمراجعة لديه وهي ورقة رسمية قبل فوات ميعاد (الستين يوما)؟؟!! فالنص القانوني جاء مجردا وصريحا من أنه لا يعتد عند الإنكار إلا بإعلان الزوجة قبل فوات ميعاد الستين يوما. ويعتد بقول الزوجة بانقضاء عدتها، ويكون النص قد أجاز لها هنا الزواج من آخر رغم أنها لازالت علي عصمة زوجها الأول (شرعاً) بمراجعته لها قبل انقضاء عدتها.

وفي هذا الخصوص يكون النص مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن المراجعة تتم بالقول أو بالفعل من جانب الزوج لا يشترط فيها قبول الزوجة أو علمها. وكان يجب أن يكون إثبات المراجعة بإثبات تمامها لدى المأذون المختص - بوثيقة المراجعة - أو بأي ورقة رسمية، وأن يكون الإعلان للإعلام، لا للإنشاء والوقوع والحدوث.

وأما بالنسبة لما جاء بالنص، لمن عدتهن بالأشهر. فإنه طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية فإن عدة من تعتد بالأشهر هي ثلاثة أشهر، وهي أشهر هلالية (قمرية)،

وعدة الشهر في السنة القمرية هي إما (٢٩) أو (٣٠) يوم ولا يتوالي أثناء السنة أكثر من شهرين متتالين عدة كل منهما (٣٠) يوماً فإن عدة الثلاثة أشهر هي إما (٨٨) أو (٨٩) ولا تصل بحال إلي (٩٠) يوم فإذا ما راجع الزوج المطلق زوجته التي تعتد بالأشهر في اليوم التسعين (٩٠) وأعلنها بالمراجعة في ذات اليوم، فإنه طبقاً لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية تكون المراجعة قد وقعت بعد انقضاء العدة ولا يعتد بها، وطبقاً للنص القانوني يكون قد راجعها خلال الفترة التي أجاز له القانون مراجعته مطلقة فيها ويكون قد خالف أحكام وقواعد وأصول الشريعة الإسلامية وبالتالي مشوباً بعدم الدستورية.

هذا فضلاً عن أن القانون في ذات النص قد اعتد في الموعد الذي حدده لمراجعة الزوج لزوجته بتاريخ توثيق الطلاق وليس بتاريخ إيقاع الطلاق. في حين أن المقرر شرعاً وإعمالاً لنص المادة (٥) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن تترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه، وليس من تاريخ توثيقه، وقد أجازت الفقرة الأولى من تلك المادة للمطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى المختص خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إيقاع الطلاق. وبالتالي فإذا لم يوثق المطلق إشهاد طلاقه إلا في نهاية الأجل المسموح له به أي في اليوم الثلاثين من تاريخ إيقاع الطلاق - أو قبلها بعدة أيام وبالتالي تكون عدة المطلقة التي تعتد بالأشهر - وهي ثلاثة قمرية - قد زيدت وأصبحت (٩٠ + ٣٠ = ١٢٠) يوم، من تاريخ إيقاع الطلاق.

وبمقتضى مفهوم نص المادة ٢٢ المشار إليها فإنه لا يقبل من المطلقة إنكار مراجعة زوجها لها، ما دام قد أعلنها بورقة رسمية خلال هذه الفترة (١٢٠ يوم) رغم انقضاء عدتها شرعاً بمضى ثلاثة أشهر قمرية من تاريخ إيقاع الطلاق حدهما الأقصى (٨٩) يوماً.

وقد كان الأجدر بالمشروع عند إصدار القانون كي يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وأصولها ولا يخالفها وأيضاً يضع الضوابط والشروط القانونية التي يراها مناسبة ولازمة ومواكبة للعصر الحالي، أقترح أن يكون الشق الثاني من النص

كالآتي: «تتم المراجعة بإيقاعها من الزوج المطلق في خلال فترة العدة، وعلي الزوج إثبات مراجعته لمطلقته لدي الموثق المختص وإن لم تحضر الزوجة التوثيق فعلي الزوج إعلانها بالمراجعة بموجب ورقة رسمية، وانقضاء العدة هو بقول الزوجة المطلقة بيمينها فيما تصدق فيه شرعا».

وبينت المادة ٢٣ من القانون طرق تحديد دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة والاجراءات التي تتبع للوصول إلي حقيقة البيان.

ونصت المادتين ٢٤، ٢٥ علي الأحكام الخاصة بإشهادات الوراثة وكيفية إستصدارها وهي نصوص في غير حاجة إلي زيادة إيضاح وهو ما كان يقابل المادة ٣٥٥ وما بعدها من اللائحة الشرعية.

وقد تضمن القانون في الفصل الثاني من الباب الثالث والباب الرابع أحكام وقواعد وإجراءات وطرق الطعن في الأحكام في شأن موضوعات ومسائل الأحوال الشخصية للولاية علي المال.

وقد تضمن الباب الخامس قواعد وإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات بالنفقة وتسليم الصغير ورؤيته. وكذا دعاوي الحبس لامتناع المحكوم عليه من تنفيذ حكم النفقة وهي مسائل إجرائية وليست من موضوعات الإثبات. وفي هذا القدر ما يكفي للتعليق علي القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ في خصوص ما جاء به من موضوعات الإثبات.

وفي خصوص دعوي الحبس لامتناع المحكوم عليه بالنفقة من أدائها فقد أصدرت المحكمة العليا حكماً في دعوي رقم ١ لسنة ٥ قضائية عليا (دستورية) بطلب الحكم بعدم دستورية المادة ٣٤٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (اللائحة الشرعية) (١) وحكمت المحكمة برفض الدعوي بجلسة ٢٩/٦/١٩٧٤ تأسيسا علي أن حبس المدين المؤسر لامتناعه عن تنفيذ الحكم الصادر عليه بالنفقة أو أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن طبقا لنص المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم

(١) والتي حلت محلها المادة ٧٦ مكررا من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المضافة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠

الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ - شرعية الحبس كوسيلة لإجبار المدين علي الوفاء بالدين طبقا للرأي المتفق عليه بين أئمة المسلمين - مقتضي ذلك - دستورية نص المادة ٣٤٧ سالفه الذكر.

وأن حبس المحكوم عليه بالنفقة وما في حكمها - هو وسيلة إرغام وإكراه علي أداء الدين وليس عقوبة جنائية بمفهومها الفني الدقيق.

وجاء بأسباب الحكم

«إن المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تنص علي أنه «إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلي المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم أو التي بدائلتها محل التنفيذ ومتي ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر علي القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما أما إذا أدي المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا فإنه يخلي سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الإعتيادية» وهذا النص مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، التي توجب علي المدين الوفاء بديونه من تلقاء نفسه إبراء لذمته فإن امتنع عن ذلك رغم قدرته علي الوفاء يكون ظالما ويجوز زجره وردعه عن التمادي في ظلمه وقد شرعت لذلك وسائل تكفل للدائنين الحفاظ علي حقوقهم ولو بطريق الإكراه وذلك بالتضييق علي المدين أو بالملازمة أو بالحجر لمنعه من التصرف في ماله وبيعه جبرا عليه لسداد ديونه، ولا تبرأ ذمة المدين من الدين إلا بالوفاء أو ما يقوم مقامه، وفي خصوص شرعية الحبس كوسيلة لإجبار المدين علي الوفاء بالدين فالرأي المتفق عليه بين أئمة المسلمين هو جواز حبس المدين الموسر الممتنع من أداء الحق إلي مستحقه حملا له علي أدائه ولهم في ذلك أدلة من السنة والإجماع إذ جاء في الحديث الشريف «لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته» واللي المطل والواجد الغني وإحلال العرض هو إغلاض القول للمدين وشكايته. وروي عن الخليفة عمر بن الخطاب

وعلي بن أبي طالب وكثير من الصحابة والتابعين وقضاة المسلمين أنهم كانوا يحبسون المدينين المماطلين وقد كانت هذه المبادئ معمولا بها في مصر في الديون كافة قبل سن القوانين الحديثة وحاصل ما تقدم أن المشرع إنما قن في النص المطعون فيه والنصوص السابقة عليه حكما من الأحكام المتفق عليها في الشريعة الإسلامية كما نقل في أكثر مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها القانون العام المنظم لهذه المسائل وقد حرص الدستور علي النص في مادته الثانية علي أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع تقريراً للأمر الواقع الذي جري عليه العمل حتي في عهد الدساتير السابقة التي أغفلت النص علي ذلك».

الفرع الثالث

مشروع

قانون محكمة الأسرة

أعدت وزارة العدل مشروع قانون بإنشاء محاكم خاصة لقضايا الأسرة، تختص بقضايا الأحوال الشخصية ولاية على النفس وولاية على المال. ونقل اختصاص هذه القضايا من القضاء العادي (دوائر الأحوال الشخصية) إلى هذه المحاكم الجديدة التي رأت أن تكون لها مقام مستقلة عن مقام المحاكم المدنية والجنائية.

ومواد مشروع القانون جميعها مواد إجرائية. تتضمن بيان تشكيل المحكمة واختصاصها وأماكن انعقادها، كما تضمن منح النيابة سلطة محاولة التوفيق في الدعاوى التي يجوز الصلح فيها.

وهذه الموضوعات من موضوعات المرافعات. ولكن لم أجد بأساً في الإشارة إليها أثناء الكلام عن موضوعات الإثبات في مواد الأحوال الشخصية. التي هي من طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية.

وسوف أبدأ أولاً بعرض المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ثم بيان مواد المشروع وأخيراً إلى رأي وتعليق على المشروع.

أولاً المذكرة الإيضاحية

لمشروع قانون بإنشاء محكمة الأسرة

يُعنى الدستور المصرى بالأسرة، وتنص المادة (٩) منه فى باب المقومات الأساسية للمجتمع على أن الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق والوطنية وتحرص الدولة على الحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد مع تأكيد هذا الطابع وتنميته فى العلاقات داخل المجتمع المصرى وتنص المادة (١٠) على أن «تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة وترعى النشء والشباب وتوفر لهم

الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم» وتوجب المادة (١١) أن تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في المجتمع ومساواتها بالرجل في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية. وترعى الشريعة الإسلامية الأسرة وتوجب الحفاظ عليها بحسبانها نعمة من الله يمتن بها على خلقه، إذ يقول تعالى «والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمت الله هم يكفرون» «سورة النحل آية ٧٢»، وأوجب الشريعة حماية الأسرة ورعاية أفرادها وفي الحديث الشريف كفى بالمرء شرا أن يضيع من يعول وكرمت الشريعة المرأة - على نحو لا مزيد عليه وذلك بحسبان أن المرأة شريك في الأسرة: أما كانت أم بنتا، وزوجة كانت أم أختا .

وتنحو التشريعات المقارنة في دول عديدة مثل استراليا وكندا - في سبيل إصلاح حال الأسرة وتعزيز استقرارها وحمايتها من دواعي التصدع أو الاضطراب وحسم ما يثور داخلها من منازعات - منحى تخصيص محكمة تختص بنظر شئونها وعلاج مشكلاتها والقيام في ذلك بوظيفة اجتماعية خاصة تعجل بإنهاء تلك المنازعات بالتسوية الودية أو بحكم قضائي ناجز.

ولقد سبق أن نادى مجلس الشورى المصرى فى تقريره عن تيسير إجراءات التقاضى سنة ١٩٩٨ بإنشاء محكمة للأسرة تختص بالنظر فى دعاوى التطلاق وما يرتبط بها من طلب نفقة للزوجة ومؤخر الصداق ونفقة الصغار وحضانتهم وتوفير مسكن لإيوائهم بحيث تحكم فى هذه المسائل المرتبطة والمترتبة حتما على الحكم بالتطلاق دون حاجة إلى إلقاء الزوجة إلى رفع عدة دعاوى منفصلة لكل مسألة من تلك المسائل. وقد أخذ قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، فى المادة ١٠ منه باقتراح مجلس الشورى السالف ذكره، إذ نصت فقرتها الثانية على أن «يكون للمحكمة الابتدائية المختصة محليا بنظر دعوى الطلاق أو التطلاق أو التفريق الجسمانى - دون غيرها - الحكم ابتدائيا فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها سواء للزوجة

أو الأولاد أو الأقارب، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته».

ولما كان التطبيق العملي لهذا الحكم قد كشف عن عدم كفايته لتحقيق غايات الأخذ بنظام محكمة الأسرة بالمعنى الدقيق والشامل كما عرفتة النظم المقارنة، والكفيل بتحقيق عدالة أوفى وأقرب منالا، ولما تمليه ضرورات توفير مقومات خاصة لهذه المحكمة نجعلها ملائمة لطبيعة المنازعات التي تطرح عليها والمتقاضين الذين يلجأون إليها والأشخاص الذين يشهدون جلساتها، والصغار منهم على وجه الخصوص، فقد صار لازماً استحداث تشريع مستقل ينشئ محاكم للأسرة تفي بالغرض المنشود وتستوفي المقومات المشار إليها. ويتغيا هذا المشروع إدخال نظام متكامل لمحكمة الأسرة فى التنظيم القضالى المصرى، بتخصيص محكمة لنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس والولاية على المال بحيث تجمع هذه المحكمة شتات ما يثار بين أطراف الأسرة الواحدة من دعاوى بشأن تلك المسائل جميعها، على منصة واحدة متخصصة، وداخل قاعة مبنى قضائى واحد متميز، وفى ذلك تيسير للإجراءات، وتخفيف عن الأسرة، وتعميق للأخذ بمبدأ التخصص وبما يحققه من عدالة ناجزة.

وإذا كان الوضع القائم - وفقاً لقانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، المشار إليه - وعلى ما تنص عليه المادتان ٩، ١٠ منه - يتمثل فى وجود محاكم جزئية تختص بنظر المسائل الواردة بالمادة ٩ ويكون حكمها قابلاً للطعن بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيته، وتختص المحاكم الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لا تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية، وأجازت المادة ٦٢ من ذلك القانون للخصوم وللنيابة العامة الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من هذه المحاكم فى مواد الحجر والغيبة والمساعدة القضائية وعزل الوصى وسلب الولاية أو الوصاية والحساب.. فإن اختصار الإجراءات وتبسيطها بما يلائم طبيعة الأحوال الشخصية ويحقق استقرار الأسرة ومراكزها

القانونية، يقتضى أن تجمع محكمة الأسرة فى اختصاصها - كمحكمة ابتدائية ذات تشكيل خاص ومتخصص، ما هو معهود به فى الوضع القائم إلى المحاكم الجزئية والابتدائية، وأن يسند إلى رئيس محكمة الأسرة، بحسابها المحكمة المختصة وبصفته قاضيا للأمور الوقتية، إصدار الأوامر على العرائض فى المسائل المنصوص عليها فى المادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م، وعلى أن يستأنف من أحكام وقرارات محكمة الأسرة ما كان يجوز استئنافه من أحكام وقرارات تلك المحاكم الجزئية والابتدائية، وي طرح الاستئناف - فى جميع الأحوال - على محكمة متخصصة مؤلفة من ثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف، وفى ذلك ما يغنى عن الطعن بطريق النقض فى دعاوى الأحوال الشخصية ويحقق الاستقرار الواجب لأوضاعها.

من أجل ما تقدم كله، وفى سبيل تحقيقه، فقد أعد مشروع القانون المرفق متضمنا إحدى عشرة مادة فضلا عن مواد الإصدار، التى تضمنت النص على أن يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكامه.

وتتمثل أهم أحكام المشروع فيما يأتى:

١ - إنشاء محاكم تسمى محاكم الأسرة - فى دائرة اختصاص كل محكمة ابتدائية، بما يتيح تعددها فى هذه الدائرة على نحو يلبي احتياجات مواطنيها ويقرب العدالة إليهم فى أحوالهم الشخصية، وكذلك إنشاء دوائر استئنافية متخصصة فى دائرة كل من محاكم الاستئناف لنظر طعون الاستئناف التى ترفع إليها عن أحكام محاكم الأسرة (مادة ١)

٢ - تأليف محكمة الأسرة من ثلاثة قضاة يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بالمحكمة الابتدائية - وهذا التعدد فى التشكيل مع اشتراط هذه الدرجة يحقق ضمانه أوفى تناسب اختصاصها بنظر ما كانت تختص به المحاكم الجزئية والابتدائية فى قضايا الأحوال الشخصية للنفس والمال ويعاون محكمة الأسرة فى نظرها دعاوى الطلاق والتطليق والتفريق الجسماني والفسخ وبطلان الزواج، وحضانة الصغير

ومسكن حضائنه وحفظه ورؤيته ودعاوى النسب والطاعة خيران اجتماعى ونفسى، أحدهما على الأقل من النساء، ويكون حضورهما جلسات نظر تلك الدعاوى وجوبيا، ويبقى للمحكمة حقها فى الاستعانة بالخبيرين فى غير تلك الدعاوى من مسائل الأحوال الشخصية. كلما رأيت ضرورة لذلك أما الدوائر الاستئنافية فتشكل من ثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف ولئن لم يوجب عليها المشروع أن يعاونها خيران كمحكمة أول درجة، فقد نص على جواز أن تستعين بمن تراه من الأخصائيين (المواد ٢، ٣، ٧).

٣- أسند المشروع لمحكمة الأسرة - دون غيرها - الاختصاص بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التى ينبغى اختصاص بنظرها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقا لقانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، كما اختص رئيس محكمة الأسرة دون غيره بإصدار أوامر على عرائض فى المسائل المنصوص عليها فى المادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م (المادة ٣) وذلك بحسبانها المحكمة التى انعقد لها الاختصاص وبصفته قاضيا للأمر الوقتية.

وإذ أن محكمة الأسرة - بتشكيلها المستحدث المشار إليه - هى من دوائر المحكمة الابتدائية، فإن مفاد ذلك أنه لم يعد ثمة محل يرد عليه حكم الفقرة الأولى من المادة ٣ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، وهو الحكم القاضى بعدم استلزام توقيع محام على صحف دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزئية، ويبقى ساريا حكم الفقرة الثانية من تلك المادة، الذى يعفى دعاوى بعينها هى دعاوى النفقات وما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من كافة الرسوم القضائية فى كل مراحل التقاضى.

٤- حرص المشروع على إبقاء الاختصاصات الراهنة للنياحة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية، أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية، وعهد إليها بمهام جديدة مستهدفا أن تعاون بها المحكمة فى تهيئة دعاوى الأحوال الشخصية بما ييسر

الفصل فيها خلال أجل قريب، فضلا عن دور توفيقى يتغيا إنهاء المنازعة صلحا كلما أمكن، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ قيد الدعوى، يجوز أن تمتد خمسة عشر يوما أخرى باتفاق الخصوم، فإذا تم الصلح فى هذا الأجل أو ذاك تتولى النيابة العامة إثباته فى محضر يوقعه الخصوم ويلحق بمحضر الجلسة التى تم فيها، وتكون له قوة السندات واجبة التنفيذ وتنقضى به الدعوى فى حدود ما تم الصلح فيه، أما اذا لم يتم الصلح تقدم الدعوى إلى المحكمة لنظرها فى الجلسة المحددة لها.

ونص المشروع على أن تستعين النيابة العامة فى دورها التوفيقى المشار إليه بأحد رجال الدين، وناط بوزير العدل إصدار قرار بالقواعد والإجراءات التى تتخذ فى سبيل الصلح وفى اختيار رجال الدين ويصدر هذا القرار بالتنسيق مع الجهات الدينية المختصة. (المادتان ٤ ، ٥).

٥ - أوجب المشروع أن تعقد محكمة الأسرة ودوائرها الاستئنافية جلساتها فى أماكن منفصلة عن مقار المحاكم، تغلب عليها سمات الراحة والهدوء وتكون لائقة وملائمة لطبيعة ما يعرض عليها من منازعات ومن يتردد عليها وبخاصة الصغار فى مسائل الحضانة والرؤية وما إليها - (المادة ٦).

٦ - وتحقيقا لغايات هذا المشروع نصت المادة ٨ على أن يكون لمحكمة الأسرة المختصة محليا بنظر أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين، الاختصاص محليا - دون غيرها - بنظر جميع الدعاوى التى ترفع بعد ذلك من أيهما أو تكون متعلقة أو مترتبة على الزواج أو الطلاق أو التفريق الجسمانى أو الفسخ وكذلك دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضائته وجميع دعاوى الأحوال الشخصية التى ترفع لاحقا على تلك الدعوى الأولى.

كما أوجب المشروع فى المادة ذاتها أن ينشأ بقلم كتاب محكمة الأسرة لدى رفع أول دعوى - ملف للأسرة تودع فيه أوراق هذه الدعوى وأوراق جميع الدعاوى اللاحقة.

٧- وينص المشروع على أن يتبع أمام محاكم الأسرة والدوائر الاستئنافية القواعد والإجراءات المقررة في هذا المشروع، وفي قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م المشار إليه، ويطبق فيما لم يرد به نص خاص فيهما أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات (المادة ٩).

وتبقى مسائل الوقف من اختصاص المحاكم العادية.

٨- ونظرا للطبيعة الخاصة لمسائل الأحوال الشخصية، وضرورة حسمها في أجل قريب وتحقيقا لاستقرار ما ينشأ عنها من مراكز قانونية تتعلق بأهم شئون الفرد والأسرة، وتستوجب النأي بها عن إطالة أمد الخصومة حولها وعن القلقلة والاضطراب في صدها فقد اتجه المشروع إلى إلغاء الطعن بطريق النقض وذلك باعتباره طريقا غير عادي للطعن وبالنظر إلى ما كفله المشروع من تشكيل خاص لمحكمة الأسرة منذ البداية بحيث تؤلف من ثلاثة قضاة أحدهم على الأقل بدرجة رئيس محكمة، وتختص بمسائل كان ينفرد بنظر العديد منها قاض فرد، وتستأنف أحكام محكمة الأسرة لدى دائرة من دوائر محكمة الاستئناف العالي المؤلفة من ثلاث مستشارين أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف بينما تستأنف أحكام المحاكم الجزئية - في النظام القائم أمام إحدى دوائر المحكمة الابتدائية التي تشكل من ثلاثة قضاة - وذلك كله فضلا عما جاء به المشروع من الاستعانة بالخبراء. وغنى عن البيان أن الطعن بطريق التماس إعادة النظر يظل باقيا في مسائل الأحوال الشخصية طبقا لقواعده المقررة قانونا (المادة ١٠).

٩- استكمالا لتحقيق غايات المشروع، في الوصول إلى الترضية القضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال نظام قضائي متخصص متكامل، وبإجراءات سهلة ميسرة، فقد أولى المشروع مرحلة تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأسرة والدوائر الاستئنافية عناية خاصة، باعتبارها أساس تفعيل الحق في

التقاضى والحصول على الثمرة المرجاة منه، بما انتهجه فى المادة (١١) من إساند هذا التنفيذ إلى إدارات خاصة تنشأ فى المحاكم الابتدائية قوامها أعداد كافية من محضرى التنفيذ الذين يختارهم رؤساء تلك المحاكم من بين من تتوافر لديهم الخبرة والكفاءة والمقومات الشخصية التى تتناسب مع طبيعة الخصومات القضائية التى صدرت فيها الأحكام أو القرارات، وأحوال وظروف أطراف الخصومات، وذلك تحت إشراف قضاة للتنفيذ يتم اختيارهم من بين قضاة محاكم الأسرة استكمالاً لحلقات التخصص المنشود.

ولا يخفى أن أحكام هذا المشروع هى من طبيعة إجرائية بحتة، ويراد بها أن تستكمل ما جاء به القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه من تبسيط للإجراءات فى مسائل الأحوال الشخصية وتيسير لحسم خصوماتها لمصلحة الأسرة، لكى تكون هذه الإجراءات أداة طيعة ومطية ذلولاً لعدل سهل المنال، داني القطاف مأمون الطريق، ولا شأن لأحكام هذا المشروع بطبيعة الحال، بمنظومة التشريعات الموضوعية التى تتناول مسائل الأحوال الشخصية والتى أبرزها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، وتعديلاتها الصادرة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، فأحكام هذا المشروع والمنشئة لمحاكم الأسرة، لاتمس شيئاً من قوانين الأحوال الشخصية المنظمة للمسائل الموضوعية فى هذا الأمر.

وجدير بالإشارة أن تحقيق غايات هذا المشروع من إنشاء محاكم خاصة للأسرة ودوائر استئنافية متخصصة لنظر الطعون فيما تصدره من أحكام إنما يتطلب إعداد قضاتها ومعاونيهم وتحديث خبراتهم وتأهيلهم فى دورات وبرامج تدريبية، تعينهم على حسن أداء رسالتهم المقدسة، ولهذا رأى أن يكون العمل به اعتباراً من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٣ بداية العام القضائى الجديد. وقد عرض مشروع القانون على مجلس القضاء الأعلى فوافق عليه بالإجماع بجلسته المعقودة بتاريخ ٣٠ ديسمبر سنة ٢٠٠٢، وعلى المجلس الأعلى للهيئات القضائية فوافق عليه بالإجماع بجلسته المعقودة بتاريخ ٢ من يناير سنة ٢٠٠٣م، كما وافق عليه بالإجماع أيضاً المجلس القومى للمرأة.

وعرض المشروع، كذلك، على فضيلة الإمام الأكبر شيخ الجامع الأزهر، وفضيلة
مفتى الجمهورية فوافق عليه بموجب الكتاب المؤرخ ٢٨ من يناير سنة ٢٠٠٣م.
وقد تمت مراجعة المشروع بمعرفة قسم التشريع بمجلس الدولة فى جلسته المعقودة
بتاريخ ١٩ من يناير سنة ٢٠٠٣م.
ومشروع القانون معروض رجاء التفضل، فى حالة الموافقة، بإحالة إلى مجلسى
الشعب والشورى.

مع عظيم احترامى

وزير العدل

المستشار/ (فاروق سيف النصر)

ثانياً : مشروع قانون الإصدار

(المادة الأولى)

يعمل بأحكام القانون المرفق فى شأن إنشاء محاكم الأسرة، ويلغى كل حكم يخالف أحكامه.

(المادة الثانية)

على المحاكم الجزئية والابتدائية أن تحيل من تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت بمقتضى أحكام القانون المرفق من اختصاص محاكم الأسرة، وذلك بالحالة التى تكون عليها وبدون رسوم، وفى حالة غياب أحد الخصوم يقوم قلم الكتاب بإعلانه بأمر الإحالة مع تكليفه بالحضور فى الميعاد أمام محكمة الأسرة التى أحيلت إليها الدعوى.

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها أو الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم، وتبقى هذه الدعاوى خاضعة للأحكام المنظمة لطرق الطعن فيها السارية قبل العمل بهذا القانون.

(المادة الثالثة)

تستمر محكمة النقض ومحاكم الاستئناف فى نظر الطعون المرفوعة أمامها قبل تاريخ العمل بأحكام القانون المرفق عن الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية والابتدائية فى الدعاوى التى أصبحت بموجبه من اختصاص محاكم الأسرة.

(المادة الرابعة)

يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون المرفق، وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره.

(المادة الخامسة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به اعتباراً من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٣م.

مشروع قانون إنشاء محاكم الأسرة

مادة (١)

تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة ابتدائية محاكم للأسرة، يكون تعيين مقارها، وتحديد دوائر اختصاصها، بقرار من وزير العدل.

وتنشأ في دائرة اختصاص كل محكمة من محاكم الاستئناف، دوائر استئنافية متخصصة، لنظر طعون الاستئناف التي ترفع إليها في الأحوال التي يجيزها القانون عن الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأسرة.

ويجوز أن تنعقد محاكم الأسرة، أو الدوائر الاستئنافية - عند الضرورة - في أي مكان في دائرة اختصاصها، أو خارج هذه الدائرة وذلك بقرار يصدر من وزير العدل. بناء على طلب رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس محكمة الاستئناف، بحسب الأحوال.

مادة (٢)

تؤلف محكمة الأسرة من ثلاثة قضاة يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بالمحكمة الابتدائية، ويعاون المحكمة في الدعاوى المنصوص عليها في المادة (٧) من هذا القانون خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين، والآخر من الأخصائيين النفسيين، يكون أحدهما على الأقل من النساء.

وتؤلف الدائرة الاستئنافية، من ثلاثة من المستشارين بمحكمة الاستئناف يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحاكم الاستئناف، وللدائرة أن تستعين بمن تراه من الأخصائيين.

ويعين الخبيران المشار إليهما من بين المقيدتين في الجداول التي يصدر بها قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الشؤون الاجتماعية أو وزير الصحة، بحسب الأحوال.

مادة (٣)

تختص محاكم الأسرة، دون غيرها، بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي

ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقاً لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م، ويختص رئيس محكمة الأسرة، دون غيره، بإصدار أمر على عريضة فى المسائل المنصوص عليها فى المادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، وذلك بصفته قاضياً للأمور الوقتية.

مادة (٤)

فى الدعاوى والطعون التى تختص بنظرها محاكم الأسرة والدوائر الاستئنافية، تتولى النيابة العامة الاختصاصات المخولة لها قانوناً، ويكون حضورها فى تلك الدعاوى والطعون وجوبياً، وعليها إيداع مذكرة بالرأى فى كل دعوى أو طعن. وتشرف النيابة العامة على أقلام كتاب محاكم الأسرة، والدوائر الاستئنافية، عند قيد الدعاوى والطعون المشار إليها واستيفاء مستنداتها ومذكراتها، طبقاً للمادة (٦٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

مادة (٥)

تتولى النيابة العامة فى غير دعاوى الأحوال الشخصية التى لا يجوز فيها الصلح، والدعاوى المستعجلة، ومنازعات التنفيذ، والأوامر الوقتية، بذل مساعى التوفيق بين أطراف الدعوى بما يحقق، كلما أمكن، إنهاء المنازعة صلحاً. ويباشر مساعى التوفيق أحد أعضاء النيابة العامة بدرجة رئيس نيابة على الأقل، مستعيناً بأحد رجال الدين، وعلى الخصوم الحضور أمامه فى الجلسة التى يحددها لذلك.

وعلى النيابة العامة أن تنتهى من هذه المهمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ قيد الدعوى، ولايجوز تجاوز هذه المدة إلا باتفاق الخصوم ولمدة لاتزيد على خمسة عشر يوماً أخرى، فإذا تم الصلح فى هذا الأجل، تتولى النيابة إثباته فى محضر يوقعه الخصوم ويلحق بمحضر الجلسة التى تم فيها وتكون له قوة السندات واجبة التنفيذ وتنقضى به الدعوى فى حدود ماتم الصلح فيه، أما إذا لم يتم الصلح خلال هذا

الأجل، تقدم الدعوى إلى المحكمة لنظرها فى الجلسة المحددة لها.
ويصدر بالقواعد والإجراءات التى تتخذ فى سبيل الصلح، وفى اختيار رجال الدين قرار من وزير العدل بالتنسيق مع الجهات الدينية المختصة.

مادة (٦)

تعقد جلسات محاكم الأسرة والدوائر الاستثنائية فى أماكن منفصلة عن أماكن انعقاد جلسات المحاكم الأخرى، تزود بما يلزم من الوسائل التى تناسب مع طبيعة المنازعات وأطرافها وماقد تقتضيه من حضور الصغار تلك الجلسات.

مادة (٧)

يكون حضور الخبيرين المنصوص عليهما فى المادة (٢) من هذا القانون جلسات محكمة الأسرة وجوياً فى دعاوى الطلاق والتطليق والتفريق الجسماني والفسخ وبطلان الزواج وحضانة الصغير ومسكن حضائته وحفظه ورؤيته وكذلك فى دعاوى النسب والطاعة.

وللمحكمة أن تستعين بهما فى غير ذلك من مسائل الأحوال الشخصية إذا رأت ضرورة لذلك.

وعلى كل منهما أن يقدم للمحكمة تقريراً فى مجال تخصصه.

مادة (٦)

تكون محكمة الأسرة المختصة محلياً بنظر أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين مختصة محلياً دون غيرها بنظر جميع الدعاوى، التى ترفع بعد ذلك من أيهما، أو تكون متعلقة أو مترتبة على الزواج أو الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسماني أو الفسخ وكذلك دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضائته وجميع دعاوى الأحوال الشخصية.

وينشأ بقلم كتاب المحكمة المشار إليها، لدى رفع أول دعوى، ملف للأسرة تودع

فيه أوراق هذه الدعوى، وأوراق جميع الدعاوى الأخرى التى ترفع بعد ذلك وتكون متعلقة بذات الأسرة.

مادة (٩)

يتبع أمام محاكم الأسرة والدوائر الاستثنائية القواعد والإجراءات المقررة فى هذا القانون، وفى قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، وتطبق فيما لم يرد به نص خاص فيهما أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتطفية التركات.

مادة (١٠)

تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستثنائية غير قابلة للطعن عليها بطريق النقض.

مادة (١١)

تنشأ بكل محكمة ابتدائية إدارة خاصة لتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأسرة والدوائر الاستثنائية، تزود بعدد كاف من محضرى التنفيذ الذين يصدر بتحديدهم قرار من رئيس المحكمة الابتدائية. ويتولى الإشراف على هذه الإدارة قاضٍ للتنفيذ تختاره الجمعية العمومية للمحكمة الابتدائية من بين قضاة محكمة الأسرة فى دائرة هذه المحكمة.

ثالثاً: التعليق على مشروع القانون

وبالاطلاع على مشروع القانون تبين لى الملاحظات الآتية:

أرى أن يكون دور نيابة الأسرة بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية دوراً إيجابياً. بان تقدم القضايا إلى النيابة أولاً، وهى تقوم من جانبها بتحضير الدعوى وإعداد مستندات الخصوم، وكذا إجراء التحقيق اللازم إعمالاً للمادة ٢٣ من القانون ٢٠٠٠/١ فى حالة جدية المنازعة فى دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة، وبذل مساعى التوفيق وعرض الصلح على الخصوم فى القضايا التى يجوز الصلح فيها. ومما يجدر الإشارة إليه أن مشروع القانون نص فى المادة الثانية منه على أن يعاون المحكمة فى بعض الدعاوى خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين والآخر من الأخصائيين النفسيين ونصت المادة ٧ من المشروع على أن يكون حضورهما جلسات المحكمة وجوبياً فى تلك الدعاوى وأن على كل منهما أن يقدم تقريراً للمحكمة فى مجال تخصصه.

وقد جاء مشروع القانون وكذا المذكرة الايضاحية خلوا من بيان متى وكيف يباشر الخبيران ما أنسد إليهما من عمل والذي يقدمان تقريراً عنه للمحكمة. فهل يكفى مجرد حضورهما بالجلسة وتفرضهما فى وجوه الخصوم فى الدعوى وسماع مرافعتهم ودفاعهم فيها.

هل يكفى هذا لكى يقدم الخبير تقريره!!!

أم يكون على المحكمة أن تؤجل نظر الدعوى مع تكليف الخبيرين أو أحدهما بفحص حالة أطراف الخصومة وبيان أحوالهم الاجتماعية والنفسية والظروف المحيطة بحياتهم وطرق معيشتهم مما هو لازم فى الدعاوى المطلوب تقريرهم فيها وخاصة دعاوى الطلاق وحضانة الصغار وحفظهم ورؤيتهم ويكون مساعداً وسنداً للمحكمة فى المنازعة المعروضة عليها التى سعى مشروع القانون وأولى اهتمامه باختصارها وتوصيل الحق إلى ذويه بأسرع وأيسر الطرق.

وإنى أرى هنا تيسيراً للأجراءات واختصاراً للوقت أن يكون مباشرة الخبيرين أو

أحدهما لعملية بناء على تكليف نيابة الأسرة أثناء تحضيرها للدعوى وأن يقوموا بأداء عملهما وتقديم تقاريرهما لنيابة الأسرة وهو ما قد يساعدها في مساعي التوفيق والصلح بين الخصوم فى الدعوى.

وإن لم توفق النيابة فى مساعي التوفيق والصلح أو إذا كانت الدعوى من الدعاوى التى لا يجوز الصلح فيها تحيل النيابة الدعوى إلى المحكمة مستوفاة من مستندات الخصوم ودفاعهم وتقارير الخبراء ومذكرة برأى النيابة وبذلك تكون الدعوى صالحة وجاهزة للفصل فيها وهو ما يسعى إليه القانون من سرعة الفصل فى هذه الدعاوى.

وأن يكون تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ما لم يثر بشأنها نزاع - وهو عمل ولائى وليس حكم قضاء - من اختصاص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة، يحدد جلسة لسماع الشهود ويصدر قرار بضبط الإشهاد، أما إذا أثير نزاع جدى فيحيل الطلب الى محكمة الأسرة للفصل فيه إعمالاً للمادتين ٢٤، ٢٥ من القانون ٢٠٠٠/١.

وان يكون الاختصاص بإصدار الأمر بأداء متجمد النفقة المحكوم بها وفى حالة امتناع المحكوم عليه عن أداء المتجمد يحبس عملاً بالمادة ٧٦ مكرراً من القانون ٢٠٠٠/١ وهو إجراء من إجراءات التنفيذ يختص به قاضى التنفيذ بمحكمة الأسرة. وان يضاف إلى المادة ٨ من المشروع فقرة توضح ما هى الأسرة التى تختص المحكمة بنظر جميع قضاياها وممن تتكون هذه الأسرة.

أهى تتكون من الزوج وزوجة واحدة وأولادها، كل زوجة وأولادها لها أسرة مستقلة، أم الأسرة من الزوج وجميع الزوجات والأولاد وأقارب الزوج.

وأن تنشأ نيابة خاصة بقضايا الأسرة (أحوال شخصية ولاية على النفس والمال). ذلك ان تكليف الخصوم بالحضور لجلسات الصلح أو تحضير الدعاوى أمام النيابة العامة يكون له وقع شديد على النفس - لارتباط النيابة العامة بالجرائم و الجنح، الجنايات - أما الحضور أمام نيابة شئون الأسرة فيكون له إيقاع مختلف.

وذلك على النحو الآتى:

تضاف الى المادة (٣) من المشروع

وإستثناءً من ذلك:

أولاً: يختص قاضى الأمور الوقتية بمحكمة الأسرة يضبط إشهادات الوفاة والوراثه المنصوص عليها بالفقرة ٨ من المادة ٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠.

ثانياً: يختص قاضى التنفيذ بمحكمة الأسرة بنظر دعاوى الحبس المنصوص عليها بالفقرة ٩ من المادة ٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ المضافة بالقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠.

تعدل المادة (٥) من المشروع إلى:

عند إقامة دعوى أمام محاكم الأسرة، فى غير الدعاوى المستعجلة، ومنازعات التنفيذ والأوامر الوقتية.

تحدد جلسة أمام نيابة الأسرة خلال ميعاد لا يجاوز عشرة أيام يعلن بها الغائب من الخصوم.

وتتولى النيابة تحضير الدعوى ومستندات الخصوم ودفاعهم وإذا لزم الأمر إجراء التحقيق اللازم لتحديد دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة أعمالا للمادة ٢٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠.

ثم بذل مساعى التوفيق فى الدعاوى التى يجوز الصلح فيها ويباشر مساعى التوفيق أحد أعضاء النيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل مستعيناً بواحد أو أكثر من رجال الدين والأخصائيين الاجتماعيين والنفسيين، وعلى الخصوم الحضور أمامه فى الجلسة التى يحددها لذلك.

وعلى نيابة الأسرة أن تنتهى من هذه المهمة خلال شهر من تاريخ قيد الدعوى، ولا يجوز تجاوز هذه المدة إلا بإتفاق الخصوم ولمدة لا تزيد على شهر آخر، فإذا تم الصلح فى هذا الأجل، تتولى النيابة إثباته فى محضر يوقعه الخصوم ويلحق بمحضر الجلسة التى تم فيها وتكون له قوة السندات واجبة التنفيذ وتنقضى به الدعوى فى حدود ما تم الصلح فيه.

أما إذا لم يتم التوفيق أو كانت الدعوى من الدعاوى التى لا يجوز الصلح فيها،
تحدد النيابة جلسة أمام المحكمة لنظر الدعوى يخطر بها الغائب من الخصوم وترسل
النيابة ملف الدعوى الى المحكمة مشفوعاً بمذكرة منها.

ويصدر بالقواعد والإجراءات التى تتخذ فى سبيل الصلح، وفى اختيار رجال
الدين والخبراء الأخصائيين قرار من وزير العدل بالتنسيق مع الجهات المختصة.
يضاف إلى المادة ٨ فقرة ثالثاً.

وتكون الأسرة المقصودة فى هذه المادة من الزوج وزوجته أو زوجاته وأولاده
وأقارب الزوج.

تضاف مادة إلى القانون:

تنشأ نيابة متخصصة لشئون الأسرة - أحوال شخصية نفس ومال - تختص
بمباشرة دعاوى محاكم الأسرة.

وتتكون نيابة شئون الأسرة تحت إشراف النائب العام، من نائب عام مساعد
رئيساً ومحام عام أول بدائرة إختصاص كل محكمة إستئناف ومحام عام بدائرة
إختصاص كل محكمة إبتدائية ويعاونهم عدد كاف من رؤساء النيابة والوكلاء من
الفئة الممتازة.

تستبدل عبارة نيابة الأسرة بعبارة النيابة العامة فى مواد القانون .

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الخامس عشر

آية المدائنة وتفسيرها

وماك آية المدائنة وتفسيرها اتماماً للفائدة.

قال الله تعالى في كتابه العزيز:

«يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى (١) فاكتبوه (٢) وليكتب بينكم كاتب بالعدل (٣) ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب (٤) ولिमمل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً (٥) فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن

(١) أى إذا تبايعتم بدين، أو اشتريتم به، أو تعاطيتم، أو أخذتم به، إلى أجل مسمى، أى إلى وقت معلوم وقتموه بينكم. وهذا النص يشمل القرض والسلم، وكل ما يكون فيه إلزام، أو التزام بأداء دين يتفق العاقدان على تأجيله إلى وقت يعينانه.

(٢) أى اكتبوا الدين الذى تداينتم به إلى أجل مسمى، من بيع كان ذلك الدين أو سلم أو قرض أو غيرها. وقد اختلف أهل العلم - هل الكتاب بذلك واجب على من هو عليه، أو مندوب إليه؟ فقال بعضهم أنه واجب وفرض لازم، لأنه مأمور به، والأمر به جاء مجرداً عن القرائن، فيكون مقتضاه الوجوب. وذهب الجمهور إلى أنه مستحب ومندوب إليه لأن الله تعالى قال فى آخر الآية: «فان آمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى أؤتمن أمانته» فأخذوا من هذا انه إذا اتتمن الدائن المدين فلا بأس ألا يكتب الدين ولا يشهد عليه. وقالوا لولا هذا الاستدراك لم يجز لأحد أن يدين إلا إذا استوثق بكتاب أو شهود أو رهن.

(٣) أى لكتب كتاب الدين إلى أجل مسمى بين الدائن والمدين، كاتب بالعدل، أى بالحق والانصاف فى الكتاب الذى يكتب بينهما بما لا يبخس به صاحب الحق حقه، ولا يلزم المدين ما ليس عليه.

(٤) أى لا يابئن كاتب استكتب ذلك أن يكتب كتاب الدين بين الدائن والمدين كما علمه الله كتابته. ووقد اختلف أهل العلم فى وجوب الكتاب على الكاتب إذا استكتب كاختلافهم فى وجوب الكتاب على الذى عليه الحق. فقال بعضهم بأنه يجب على الكاتب أن يكتب، وذهب الجمهور إلى انه لا يجب بل يستحسن ويندب.

(٥) أى ليتول المدين أسلال - أى املاء - كتاب ما عليه من الدين لرب المال، فيمليه هو على الكاتب، وليتق الله ربه ويحذر عقابه من بخس دائنه شيئاً من حقه.

يمل هو فليملل وليه بالعدل (٦).

واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء (٧) أن تضل أحدهما فتذكر أحدهما الأخرى (٨) ولا يَأْبُ الشَّهْدَاءُ إِذَا مَادَعَوْا (٩) ولا تسأأموا أن تكتبوه

(٦) أى أن كان المدين الذى عليه الحق سفيها، أى جاهلا بالصواب فى الذى عليه أن يمله، أو ضعيفا، أى صغيرا، والذى لا يستطيع أن يمل بنفسه هو من يكون عيبا، أو أخرس، ونحو ذلك، أو يكون مجبوسا لا يستطيع أن يحضر مجلس الكتابة، فليملل وليه الذى يتوب عنه شرعا، بالعدل، أى بالحق. واعتراض على هذا التأويل بأن العاقل الرشيد لا ولاية لأحد عليه فى ماله، وإن كان أخرس أو غائبا، ولا يجوز حكم أحد فى ماله إلا بأمره، وإذا يكون المراد والله أعلم أن المقصود هو ولى الحق أى رب الدين، أو ولى صاحب الدين فانه هو الذى يمل على الكاتب فى هذه الأحوال أهـ.

أقول - ومن الذى يضمن أن يكون املاء الدين فى هذه الحالة بالعدل وهو إنما يملى حقا لنفسه فكيف يصدق فى هذا. وهذا بخلاف مالهو كان المملى هو المدين لأنه إنما يقر على نفسه بدين. والاقرار حجة شرعية متى استوفى شروطه، وأى مانع يمنع من أن يكون المراد بولى الصبى والأخرس ومن فى حكمهما والغائب والمحبوس هو وكيله الذى ينصب ويختار لأجل ذلك، إن لم يكن له وكيل من قبل تتناول وكالته إملاء ما عليه من الديون على من يقوم بكتابتها واقراه بذلك؟، أو من يترجم ما يقوله المدين بلسان الكاتب إن كان حاضرا ولكن لغته غير اللغة التى تكتب بها وثيقة الدين - أرى انه لا مانع من هذا، بل لعله الأولى، أو الصواب.

(٧) أى اشهدوا على هذا الحق عند الكتابة شاهدين منكم، فإن لم يوجد رجلان من أهل الشهادة فأشهدوا رجلا وامرأتين من العدول المرتضى دينهم وصلاتهم.

(٨) أى إن ضلت أحدهما، أى نسيت الشهادة ذكرتها الأخرى.

ولهذا يلزم ألا يفرق بينهما عند تأدية الشهادة، بل يجب أن تكونا معا فى مجلس القضاء وقت أدائهما الشهادة حتى إذا أخطأت أحدهما، أو غلطت، أو نسيت ذكرتها الأخرى وردتها إلى الصواب.

(٩) أى لا يَأْبُ الشهداء أن يجيئوا إذا ما دعوا ليشهدوا على الكتاب والحقوق. وقد كان صاحب الحق يطوف فى القوم الكثير يدعوهم ليشهدوا فلا يتبعه أحد منهم، فنزل قوله تعالى «ولا يَأْبُ الشهداء إذا ما دعوا». والشهيد هو الشاهد. وقيل أن المراد - ولا يَأْبُ الشهداء إذا ما دعوا لتأدية الشهادة فى مجلس القضاء. ولا مانع من إرادة المعنيين جميعا. أى إذا كانت عندك شهادة فلا تأب أن تشهد. بل أد شهادتك أمام القاضى، وإذا دعيت إلى شهادة على كتابة حق فلا تأب أيضا. وبهذا يجمع بين الأمرين، شهادة التحمل وشهادة الأداء.

صغيرا أو كبيرا إلى أجله (١٠) ذلكم أقسط عند الله، وأقوم للشهادة، وأدنى ألا ترتابوا (١١) إلا أن تكون تجارة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها (١٢) وأشهدوا إذا تباعتم (١٣) ولا يضار كاتب

(١٠) أي لا تسأموا ولا تملوا أيها الذين يداينون الناس إلى أجل أن تكتبوا صغير الحق، أي قليله، أو كبيره، إلى أجله المضروب للوفاء به.

(١١) أي كتاب الدين إلى أجله أعدل عند الله، وأقوم للشهادة أي أصوب لها - تقول أقمته من عوجه، إذا سويته وعدلته - وإنما كان الكتاب أعدل عند الله، وأصوب للشهادة لأنه يحوى الألفاظ التى أقر بها المدين والدائن، فلا يقع بين الشهود اختلاف فى ألفاظ الشهادة، وذلك لاجتماع شهادتهم على ما احتواه الكتاب. وإذا اجتمعت شهادتهم على ذلك كان فصل الحكم بين المدعى والمدعى عليه أبين لمن احتكم إليه من الحكام.

وأدنى ألا ترتابوا أي أقرب لكم ألا تشكوا فيما شهد به الشهود عليكم من الحق والأجل إذا كان مكتوباً.

(١٢) رخص سبحانه وتعالى للمتبايعين، ألا يكتبوا ما وجب لبعضهم على بعض إذا كانت التجارة حاضرة، وقد تقابضوا الواجب لهم وعليهم فلا حاجة لهم مع هذا إلى الكتابة.

(١٣) أي اشهدوا على صغير ما تباعتم وكبيره من حقوقكم، عاجل ذلك أو أجله، ونقده ونسائه فإن ارخاضى لكم فى ترك اكتتاب الكتب بينكم فيما كان من حقوق تجرى بينكم لبعضكم من قبل بعض عن تجارة حاضرة دائرة بينكم يدا بيد، ونقدا - ليس بأرخاص منى لكم فى ترك الاشهاد منكم على من بعتموه شيئا أو ابتعتم منه، لأن فى ترككم الاشهاد على ذلك خوف المضرة على كل من الفريقين، أما على المشتري بأن يجحد البائع المبيع وله بينة على ملكه ما قد باع، ولا بينة للمشتري منه على الشراء منه، فيكون القول حينئذ قول البائع مع يمينه ويقضى له به فيذهب مال المشتري باطلا، وأما على البائع بأن يجحد المشتري الشراء وقد زال ملك البائع عما باع، ووجب له قبل المتبائع ثمن ما باع، فيحلف على ذلك فيبطل حق البائع قبل المشتري من ثمن ما باعه إياه فأمر الله عز وجل الفريقين بالإشهاد لئلا يضيع حق الفريقين قبل الآخر ومع هذا فقد اختلفت الآراء فى الإشهاد أهو واجب أم مندوب إليه نظير ما اختلفوا فى الأمر بالكتابة. فذهب الجمهور إلى الثانى فإن شاء كل من المتبايعين أن يشهد على حقه فعل، وإن شاء كل من العاقلين أن يشهد على حقه فعل، وإن شاء ألا يشهد فلا بأس، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى «فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته». وذهب فريق من العلماء إلى أن الإشهاد واجب لأن الله تعالى أمر به كما أمر بالكتابة، وأمره سبحانه وتعالى فرض الا ما قامت الحجة على أنه للنذب أو الارشاد، وهنا لم تقم حجة على ذلك. =

ولا شهيد(١٤) وأن تفعلوا فإنه فسوق بكم(١٥) واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم(١٦) وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة(١٧) فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله

= ومن أنصار هذا الرأي الإمام الطبري. وما يقوى مذهب الجمهور من أن الأمر للندب إجماع المسلمين قديماً وحديثاً على البيع بالأثمان المؤجلة من غير كتاب ولا اشهاد، ولأن في إيجابهما حرجاً وتضييقاً. أقول لولا قوله تعالى: فإن أمن بعضكم بعضاً، إلخ لكان الأمر للوجوب حتماً لكن هذا النص الكريم أفاد جواز ترك الوثيقة من كتاب واشهاد ورهن عند اتئمان العاقلين بعضهم بعضاً.

(١٤) أى لا يضارهما من استكتب الكاتب أو استشهد الشهيد، وذلك بأن يأبى على الأول ألا أن يكتب له وهو مشغول بأمر نفسه، ويأبى على الثانى ألا أن يجيب إلى الشهادة، وهو كذلك مشغول بأمر نفسه، ويأبى على الثانى ألا يجيب إلى الشهادة، وهو كذلك مشغول بأمر نفسه أيضاً، وهذا التأويل هو المتبادر، وقيل أن المعنى هو نهى الكاتب بين أهل الحقوق، والشاهد عليه أن يضار من استكتبه فيزيد الكاتب شيئاً، أو ينقص أو يحرف ويمتنع الشاهد عن الشهادة بحق، أو يحرف فيها ويحولها، فيترتب على ذلك بطلان الحق إذا جحد من هو عليه. وكان من يعرف الكتابة وقتئذ قليلاً، وأرباب الحقوق لا يدرون أى شيء يكتب الكاتب فقد يكتب غير الذى أُملى عليه فيبطل الحق، فعلى التأويل الأول يكون كل من كاتب وشهيد نائب فاعل والفعل يضار بفتح الراء الأولى المدغمة فى الثانية، وعلى التأويل الثانى يكون كل منهما فاعلاً والفعل يضار بكسر الراء الأولى.

(١٥) أى أن تفعلوا ما نهيتكم عنه من ذلكم فإنه فسوق بكم أى إثم وخروج عن الطاعة ومعصية. (١٦) أى خافوا الله أيها المتدانيون فى الكتاب والشهود أن تضاروهم، وفى غير ذلك من حدود الله، أن تضيعوه. ويعنى بقوله «ويعلمكم الله» بين لكم الواجب لكم وعليكم فاعملوا به «والله بكل شيء عليم» من أعمالكم وغيرها، يحصيها عليكم ليجازيكم بها.

(١٧) يعنى إن كنتم أيها المتدانيون فى سفر بحيث لا تجدون كاتباً يكتب لكم، أو لم يكن لكم سبيل إلى اكتتاب كتاب الدين الذى تداءيتموه إلى أجل مسمى بينكم لعدم وجود دواة أو قلم أو صحيفة فارتهنوا بديونكم التى تداءيتموها إلى أجلها المسمى رهوناً تقبضونها ممن عليه الدين لتكون تلك الرهون وثيقة للدائن. وقد أخذ قوم بظاهر النص فقالوا: ليس للدائن إن وجد كاتباً أن يرتهن، وأن الرهن لا يكون إلا فى السفر، لكن الصحيح أن الرهن يكون فى الحضر كما يكون فى السفر، ويكون مع القدرة على الكتابة كما يكون مع عدم القدرة عليها، ولا يلزم من الأمر بأخذ الرهن فى السفر عند العجز عن الكتابة ألا يجوز الرهن أيضاً فى الحضر مع القدرة عليها. وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى طعاماً نسيئة ورهن به درعاً، كان ذلك بالمدينة، والكتابة ميسورة، والشهود متوافرون.

ربه (١٨) ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه والله بما تعملون عليم (١٩).

(١٨) أى أن كان المدين أميناً عند رب الدين، فلم يرتهن منه رهناً بدينه اعتماداً على أمانته، فليستى المدين ربه، وليخفه فى الذى عليه من دين صاحبه أن يجحده، أو يحاول الذهاب به، فيتعرض لعقوبة الله تعالى إن لم يؤد إلى من ائتمنه أمانته، وفى هذا النص ترخيص بعدم أخذ الوثيقة على الدين أيا كانت تلك الوثيقة من كتاب أو اشهد أو رهن، وهذا الترخيص لا يمنع جواز ما ذكر. وإذا يكون الأمر للندب فى كل ذلك عملاً بهذا النص.

(١٩) هذا خطاب من الله تعالى للشهود الذين أمر المستدين ورب المال الشهادتهم فقال لهم «أولاً» ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا «وثانياً» ولا تكتموا الشهادة أى لا تكتموا أيها الشهود شهادتكم عند الحاكم على ما شهدتموه، ولكن أجيبوا من له عليكم الشهادة إذا ما دعاكم لإقامتها على خصمه لإثبات حقه عند الحاكم على ما يأخذ للمظلوم بحقه، ومن يكتم الشهادة فانه آثم قلبه. أى قلبه فاجر لكتمائه الشهادة وامتناعه عن أدائها والله بما تعملون فى شهادتكم من اقامتها على الوجه الحق، أو كتمانها، والتلاعب فيها، عليم بكل ذلك ويغيره من سرائر أعمال عباده وعلائبتها يحصى كل ذلك عليهم ليجزيهم بما يستحقون.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الثالث

المعاينة

رقع

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

مقدمة

اخترت ذكر المعاينة بعد الشهادة لقوة الارتباط بينهما.

المعاينة هي أن يشاهد القاضى بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين المتخاصمين فيما يمكن أن يدرك فيه حقيقة الأمر بنفسه أو نائبه أو بواسطة أهل الخبرة فى المسائل الفنية التى لا قبل له بالبت فيها ومعرفتها على حقيقتها ولو بطريق الظن الراجح الذى يوجد فى النفس طمأنينة الا لأهل الفن «فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون».

ولا شك أنه بمعاينة القاضى بنفسه محل النزاع يستفيد من العلم فوق ما يستفيده بالوصف أو يفهمه من شهادة الشهود أو المستندات المقدمة من الخصوم. وما راء كمن سمع.

فإذا بنى القاضى حكمه على هذا العلم فقد بناه على دليل باشره بنفسه، وبذا يكون الأساس الذى بنى عليه القضاء أقوى من الأسس الأخرى من الأدلة. وليس هذا من القضاء الممنوع لكونه مبنيًا على علم القاضى، إذ علم القاضى الذى لا يجوز له بناء حكمه عليه هو فى غير الدعوى المنظورة أمامه والمطلوب منه الفصل فيها وقد حصل له هذا العلم أثناء نظره فى تلك الدعوى لا قبله فى غير مجلس القضاء. وقد وضحت هذا أتم توضيح عند الكلام فى علم القاضى فراجع.

قال فقهاؤنا رضى الله عنهم: إذا كان المدعى من المنقولات وكان فى نقله مشقة، أو تكلف أجرة نقل أو لا يمكن نقله ذهب القاضى بنفسه أو أمينه ليراه بنفسه وتتم اجراءات الإثبات هناك، والشجر والبناء من المنقولات عند فقهاء الشريعة «أنظر كتابنا المعاملات الشرعية المالية».

وقد تقدم أن كون الطريق خاصا أو عاما يعرف بالمشاهدة فيلزم من ثم اجراء الكشف عليه واستماع شهادة النصاب وتزكيته وأنه إذا لم يذكر الشاهد حدود

المشهود به وتعهده براءته وتعيينه فى محله يذهب إلى محله لآراءه بحضور المتداعين فان فعل وأشار إلى الحدود وكانت الحدود التى أشار إليها وأسماء أصحابها موافقة للحدود التى ذكرها المدعى قبلت شهادته. وأنه إذا كان القاضى حاضرا عند العقار المتنازع فيه فانه يكفى لتعريفه فى الدعوى والشهادة الاشارة إليه. وكتب الفقه الشرعية فى جميع المذاهب مملوءة بمسائل الحيطان والجيران وما شاكلها وأن أكثر ذلك يتوقف الفصل فيه على المعاينة.

المعاينة من أهم الأدلة فى المسائل المادية، وقد تكون فى بعض الأحوال الدليل القاطع الذى لا يغنى عنه دليل سواها.

فمثلا إذا ادعى صاحب منزل أن المكاول خالف الرسم المتفق عليه فليس أسهل على القاضى ولا أقطع فى هذه الدعوى من معاينة المنزل لمعرفة ما إذا كان مطابقاً للرسم أم لا.

المعاينة تحصل فى محل النزاع إذا كان عقارا كالمثال السابق، وفى المنازعات المتعلقة بالحدود والمساقى وحقوق الإرتفاق ووضع اليد والملكية العقارية أو عند حصول حريق أو غرق.. وإلخ كذلك بالنسبة للمنقولات التى يصعب نقلها لكثرتها كاثاث منزل، أو إذا دعت الحاجة إلى معاينتها وهى فى مكانها كستائر ألقى أن مقاسها لا يتناسب مع النوافذ التى عملت من أجلها. أما إذا كان النزاع خاصا بمنقول سهل نقله ولا داعى إلى معاينته فى مكانه فإن القاضى يأمر باحضاره للمحكمة كبذلة تقاس أمامه أهـ.

أقول: وهذا موافق تمام الموافقة لما قاله فقهاؤنا «راجع دعوى المنقول» فى كتاب الدعوى.

وقال فى شرح اللائحة. وتظهر لك فائدة الانتقال إذا افترضنا أن الدعوى قائمة بشأن أعيان موقوفة قيل أن الناظر غير معالمها وهو ينكر أو أن الدعوى متعلقة بأمتعة يدعى كل من الزوجين أنها ملكه أهـ.

ومما تقدم لنا فى أول الكلام فى المعاينة أن المعاينة أما أن تكون فيما يحتاج إلى

خبرة فنية خاصة، والقاضى لا يستطيع أن يحمل عبئها وأما أن يكون فى وسع القاضى المعاينة بنفسه.

ذكرت المعاينة فى الباب السابع من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية فى المادتين ١٣١، ١٣ (١).

مادة ١٣١ « إثبات للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو أن تندب أحد قضاتها لذلك. »

مادة ١٣٢ « إثبات للمحكمة أو لمن تندبه من قضاتها حال الانتقال تعيين خبير للاستعانة به فى المعاينة ... »

وتضمن قانون الإثبات فى المواد ١٣٥ - ١٦٢ أعمال الخبرة وكيفية أداء الخبير والمأمورية المسندة إليه

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:-

- انتقال المحكمة لمعاينة المتنازع فيه وفق المادة ١٣١ من قانون الإثبات هو من الرخص القانونية المخولة لها ويجوز القيام به من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم وهى صاحبة السلطة فى تقدير لزوم هذا الإجراء أو عدم لزومه غير انه متى قررت الانتقال للمعاينة فإن ما يثبت لها منهما يعتبر دليلا قائما فى الدعوى يتحتم أن نقول كلمتها فيه.(٢)

(١) وتقابل المادتين ١٥١، ١٥٢ من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية .

لم تذكر المعاينة فى باب الإثبات فى القانون المدنى، وقد ذكرت فى قانون المرافعات فى المادة (٢٤٥) إلى المادة (٢٥٠) تحت عنوان الكشف على الأعيان الثابتة.

(٢) طعن رقم ٣٥ سنة ٤٥ق - أحوال شخصية - جلسة ١١/١/١٩٧٨ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٢٥٤ قاعدة ٤٢٦.

، الطعن رقم ٥٩ سنة ١٤ق جلسة ٨/٢/١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة الجزء الأول ص ٨٠ قاعدة ٣٨٩.

- طلب الانتقال إلى محل النزاع لمعاينته هو من الرخص القانونية لمحكمة الموضوع فلا عليها إن لم تستجب إلى ذلك متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي (٣)

- تعيين الخبير في الدعوى رخصة من الرخص المخولة لقاضي الموضوع فله وحده تحديد لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء ولا معقب عليه في ذلك متى كان رفض تعيين الخبير سائغا فلا سبيل للمجادلة في ذلك أمام محكمة النقض. (٤)

(٣) الطعن رقم ١٩١٤ سنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٦/٦ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في

خمس سنوات ١٩٨٠ - ١٩٨٥ ص ٦٦ قاعدة ١٥٨

، الطعن رقم ٥٣٨ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨ ص ٥٩١

، الطعن رقم ٨ سنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٦ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ١٣٦٦.

(٤) الطعن ٢٨ سنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ص ٢٥٠ قاعدة ٤٠٩.

الباب الرابع

الإقرار

تعريف الإقرار
سبب الإقرار ودليل حجته
ركن الإقرار
تجزؤك لأم القدر
شروط الإقرار
حكم الإقرار
ما يعرض للإقرار بعد تمامه
ما يلحق بالإقرار من بيان
الإقرار بالكلية
الإقرار بالنسبة
إقرار المريض
سماع البينة بعد الإقرار
الإقرار قانوناً
نبذة تاريخية «اللائحة الشرعية»

مقدمة

للإقرار ماهية يتميز بها عن غيره.

وركن لا يتحقق وجوده إلا به.

وشروط يتوقف عليها تكونه وانعقاده .

وحكم يترتب عليه بعد ذلك .

وعوارض تعرض له بعد تمامه فتؤثر فيه أو لا تؤثر أو تلحقه فتغيره.

ومنه أنواع خاصة لها شروط خاصة كإقرار المريض والإقرار بالكتابة والإقرار بالنسب ولبعض ذلك لواحق .

وهاك جملة القول في ذلك.

الفصل الأول

تعريف الإقرار

الفرع الأول

تعريف الإقرار لغة

يقال قر الشيء في مكانه يقر «من بابي ضرب وعلم» قرارا وقرورا وقرأ .
وتقرة: ثبت وسكن (١).

والاقرار أفعال منه فهو اثبات لما كان متزلزلا.

وأقر له بحقه أذعن واعترف وهو ضد جحده.

وقرره بالأمر حمليه على الاعتراف به.

(١) وكذا استقر الأمر أي ثبت

الفرع الثاني

تعريف الاقرار شرعاً

ومعناه في الشرع اخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه (١)
وهذا هو تعريف الجمهور
وهو مناقش من جهتين:

«الجهة الأولى» قد تقرر أن التصرفات: أما اثباتات كالبيع والاجارة والهبة ونحوها، وإما اسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها.

أولاً: لا يخفى أن الاخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الاقرار بقسم الاسقاطات فيلزم ألا يكون تعريفهم المذكور جامعاً. ثانياً: اقرار المكره لغيره بشيء من الحقوق غير صحيح شرعاً على ما صرحوا به مع أنه يصدق عليه انه أخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه، فيلزم ألا يكون تعريفهم مانعاً «أنظر تكملة الفتح لقاضى زاده» قال ويمكن أن يجاب عن الثاني بأن كون اقرار المكره غير صحيح شرعاً انما يقتضى الا يكون صحيحاً شرعاً لا أن لا يكون إقراراً مطلقاً في الشرع فيجوز أن يكون مقصودهم تعريف ما يطلق الاقرار عليه في الشرع سواء أكان صحيحاً أم فاسداً. وعن هذا ترى التعريفات الشرعية لكثير من العقود كالبيع والاجارة ونحوها يتناول الصحيح والفساد حتى أن كثيراً منهم تركوا قيد التراضي في تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كما يتناول سائر البياعات الفاسدة أهـ.

وأقول في الجواب عن الأول: ان الحق الثابت بالاقرار أعم من أن يكون وجودياً أو عدمياً كالحق المدعى تماماً فمن اقر بطلاق امرأته بائناً «مثلاً» فقد أثبت على نفسه بهذا الاقرار انهاء ملكه لعصمة زوجته فلا ملك له عليها الآن وبذلك يثبت للمرأة

(١) مادة ١٠٣ من قانون الإثبات الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

مادة ١٥ من مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الإقرار هو أخبار الانسان عن ثبوت حق عليه لآخر.

حق عدم تعرضه لها في حقوق النكاح التي تسقط بالطلاق البائن «راجع تعريف الدعوى».

«الجهة الثانية» قالت طائفة من مشايخنا لو كان الاقرار إخبارا لكان اقرار المريض بدين لوارثة صحيحا، لكنه لا يصح، فدل هذا على ان الاقرار انشاء تمليك ابتداء، وتبرع المريض لوارثه لا يصح الا باجازه الورثة «انظر اقرار المريض» فدل هذا على أن الاقرار ليس إخبارا. ومع ذلك أن الملك الثابت بالاقرار لا يظهر في حق الزوائد سواء أكانت قائمة أم مستهلكة فلا يملكها المقر له ولو كان إخبارا لملكها. فلو كان رجل في يده بقرة وولدها فأقرا أن البقرة لفلان لا يدخل ولدها في هذا الاقرار، ولو كان قد استهلكه لا يضمه، بخلاف مالو أقام المالك البينة على أن البقرة له فإنه حينئذ يستحق نتائجها تبعا «أنظر الدر والتكملة في الإقرار، وانظر الهداية والفتح والعناية في الاستحقاق» ومن ذلك أن المقر له لو رد اقرار المقر ثم قبله لا يصح ولو كان إخبارا لصح لأن الإخبار اظهار لأمر ثابت في الواقع فلا معنى لتأثير الرد فيه، فهذه الفروع وأشباهاها يدل ظاهرها على أن الاقرار تمليك في الحال وليس إخبارا، ومن ذهب إلى ذلك أبو عبد الله الجرجاني، وقال عامة المشايخ ومنهم محمد بن الفضل والقاضي أبو حازم أن الإقرار إخبار، فإذا قال المقر أن هذا الشيء لفلان فمعناه أن الملك فيه ثابت لفلان، وليس معناه أنه ملك للمقر وجعله للمقر له باقراره، واستدلوا على ذلك بفروع: منها أن المريض الذي لادين عليه إذا أقر بجميع ماله للأجنبي صح اقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم يعتبر إلا في الثلث ومنها أن الاقرار بحصة شائعة في عقار قابل للقسمة صحيح ولو كان تمليكا لما صح لأن هبة الشائع لا تجوز على ما عرف في محله، ومنها أن الإنسان إذا أقر بعين لا يملكها صح اقراره حتى لو ملكها المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمها إلى المقر له، ولو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح ذلك لأنه لا يصح تمليك الإنسان ما ليس بمملوك له، ومنها أنه لو أقر أن فلانة زوجته وصدقته على ما قاله صح ذلك ولو لم يكن بحضرة شهود ولو كان إنشاء لم يصح بدون الشهود ومنها أن الاقرار بالطلاق والعتاق

لا يصح مع الاكراه والهزل ولو كان ذلك إنشاء لصح (٣)، ولهذا قالوا لو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب في اقراره لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكاً على سبيل الهبة، ومنها أن الملك يثبت للمقر له بلا تصديق ولا قبول ولو كان إنشاء لتوقف على قبوله (٤)

أقول أن ما يدل على أن الاقرار إخبار أكثر وأقوى مما يدل على كونه إنشاء، على أن الفروع التي اعتبر فيها الاقرار تمليكاً مبتدأً من السهل تعليلها، (مثلاً) اقرار المريض لبعض ورثته فيه تهمة إثارة بعض الورثة على بعض بخلاف اقراره للأجنبي على ما جرت به العادة ولا عبرة للتأدير.

فمن أجل هذا استحسنوا أن يجعلوا اقراره لو ارثة موقوفاً على إجازة الورثة وأيد هذا النظر الأثر المروى عن عمر وابنه رضى الله عنهما وكونه يرتد بالرد في بعض الصور لعله مبنى على جواز خطأ المقر فيما أقر به والمقر له يعتقد أنه لاحق له قبله، أما مسألة عدم استحقاق الزوائد بالاقرار فللعلة التي قالوها من قصور حجية الاقرار، على أن المقر له لو، أدعى أن الولد له كان له عملاً بالظاهر (وانظر الفتح والعناية في الاستحقاق) وعلى هذا فقول العامة أن الاقرار إخبار هو الراجح.

أما استعمال صيغته للإنشاء في بعض المواضع فهو من المجاز لدليل خاص، وعرفه في التنوير بأنه إخبار الإنسان بحق عليه من وجه، إنشاء من وجه وهذا جمع بين الطريقتين قال في التكملة: وكأن وجهه ثبوت ما استدل به الفريقان إلخ، وأقول: أن كان المراد من قول صاحب التنوير أن بعض أفراد الاقرار من قبيل الاخبار وبعضها من قبيل الإنشاء فهو لم يصنع شيئاً، فيما يعرف أن هذا الاقرار بخصوصه إخبار وذلك الاقرار إنشاء؟ لا يمكن معرفة ذلك إلا بالتوقيف، وإن كان المراد أن

(٣) هذا هو حكم مذهب أبى حنيفة وأصحابه مقارنة بما جاء في المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بالنسبة للأكراه وأنظر مبحث الهزل في كتابنا الأهلية وعوارضها) في عارض الهزل أى العقد الصورى ثم أنظر مذهب الشيعة الأمامية في اشتراط النية في الطلاق ولو كان بلفظ صريح.

(٤) أقول هذا إنما يتأتى على غير مذهب الإمام مالك (راجع الهبة في كتابنا التزام التبرعات).

كل فرد من أفراد الاقرار يتضمن الأمرين جميعا فيكون اخبارا من وجه وهو بعينه إنشاء من وجه فهذا مما لا يكاد يفهم، اللهم إلا إذا قلنا أن المراد بالإنشاء إنشاء الالتزام، أى أن المقر يلتزم باقراره ما أقرب به فكأنه ينشئ تمليكا للمقر له فيما أقرب به مع كون كلامه اخبار يوضحه ما تقدم فى حكم الدعوى ولهذا كان فى الاقرار قوة الزام ناشئة عن الزام المقر نفسه باخباره وليست هذه القوة ثابتة للشهادة ولا للقرائن القاطعة، وأما أن نقول أنه لما كان لازما من جانب المقر وقابلا للرد من جانب المقر له كان اخبارا بالنسبة للمقر وإنشاء بالنسبة للمقر له، هذا ما ظهر لى والله أعلم.

ونقل فى تكملة رد المحتار عن المنح عن تنمة الفتاوى أن الاقرار يصح من غير قبول وأن بطلانه يتوقف على الابطال، والملك للمقر له يثبت من غير تصديق وقبول منه لكن يبطل برده، والمقر له إذا صدق المقر فى الاقرار ثم رده لا يصح الرد وأفاد أيضا صحة الاقرار للغائب وسيأتى ما يتممه وقال فى موضع آخر: الاقرار إنما يبطل برد المقر له إذا كان المقر به يبطل بالرد فى حق نفسه خاصة أما إذا كان يبطل حق غيره فلا يعمل رده وهو ظاهر.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

الاقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر بحيث لا يكون القصد هو إنشاء الحق فى ذمته (١).

الاقرار شرعا: هو الاخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو فى المستقبل باللفظ أو ما فى حكمه وبذلك يخرج منه ما يدعيه الخصم من حق له على الغير. (٢)

(١) طعن رقم ٤٨٢ سنة ٣٩ ق مدنى جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣.

(٢) طعن رقم ١٦ سنة ٥٠ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٨١/٦/١٦.

(١)، (٢) مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٢٩. قاعدة ١٧١٩، قاعدة

- المقرر في قضاء هذه المحكمة - انه يشترط في الإقرار أن يكون ، صادراً من المقر عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به في حقه على سبيل الجزم واليقين وأن يكون تعبير المقر تعبيراً عن إرادة جديّة حقيقية، فلا يعد من قبيل الإقرار الملزم ما يصدر من الشخص من عبارات تفيد رغبته في تسوية النزاع طالما أنه لم يقصد من الإدلاء بها أن يتخذها من وجهة إليه دليلاً عليه (٣).

- الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز أن يستفاد من دلالة التعبير (٤).

(٣) الطعن رقم ٢٢٤٥ سنة ١٧ ق أحوال شخصية جلسة ٢٥ / ٦ / ٢٠٠٢.

، الطعن رقم ١٠٦٤ سنة ٤٧ ق جلسة ٢ / ٤ / ٧٨

(٤) الطعون أرقام ٤٧٥ ، ٤٧٨ ، ٤٨١ سنة ٦٥ ق أحوال شخصية جلسة ٥ / ٨ / ١٩٩٦

مجموعة المكتب الفني السنة ٤٧ ص ١١٣٤

الفصل الثانى

سبب الاقرار ودليل حجته

الفرع الأول

سبب الإقرار ومحاسنه

سببه (١) إرادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره وإعلامه لئلا يبقى فى تبعة الواجب.

أما محاسنه فهى كثيرة:

منها اسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع السنتهم عن مذمته.

ومنها إيصال الحق إلى صاحبه وتبليغ المكسوب إلى كاسبه فكان فيه نفع صاحب

الحق وإرضاء خالق الخلق.

ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهد وإنالة النول

(تكملة الفتح).

(١) أى السبب الدينى والانسانى شرعاً والسبب الانسانى قانوناً

الفرع الثانى

دليل حجته

قال فى تكملة الفتح ما خلاصته مع بعض زيادة وإيضاح: حجية الإقرار ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب فبقوله تعالى «وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً» أمر الله تعالى باملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه بالإملاء شىء لما أمر به، والاملاء لا يتحقق إلا بالإقرار، وقال تعالى «كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم».

قال المفسرون: شهادة المرء على نفسه اقرار.

أقول: وينظر إلى هذا ما قاله صاحب كيلة ودمنة أن أشد ما شهد امرؤ على نفسه.

وأما السنة فما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا بأقراره بالزنا والغامدية باعترافها، وقال فى قصة العسيف: وأغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها أه فلو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه وأثبت الحد به وإذا كان حجة فيما يندرى بالشبهات فلأن يكون حجة فى غيره أولاً.

وأما الإجماع فإن المسلمين اجمعوا على أن الإقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير.

وأما المعقول فلأن الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب فى الأصل لكنه ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعى إلى الصدق الصارف عن الكذب لأن عقل المقرودينة يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الأمانة بالسوء ربما تحمله على الكذب فى حق غيره أما فى حق نفسه فلا، فصار عقله ودينه وطبعه دواعى إلى الصدق زواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهراً فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به.

وأقول أضف إلى ما تقدم أن فى الأقرار معنى الالتزام اختيارا كما قدمنا، وهذا مما يزيده قوة من حيث كونه حجة ملزمة، غير أنه قد تضعف حجته جدا أو يصاحبه من القرائن ما يرجح فيه جانب كذب المقر على صدقه، أما لضرر يدفعه عن نفسه يراه فى تقديره أشد من الضرر الذى يلحقه بسبب الاقرار، وأما لمصلحة تربو على ما يفوته بما اقر به وأما لمعنى أدبى يتحمل من أجله الأذى الذى يصيبه بسبب الاقرار لمصلحة غيره بسبب ما يراه هو مرجحا لذلك وقد يكون الاقرار ناشئا عن غلط أو مبنيا على تدليس أو تغرير أو حصل تحت تأثير اكراه، وأما لأسباب غير ذلك على حسب تقديراته واعتقاداته وتأثيرته، وهنا تظهر فطنة القاضى ومواهبه ونفاذ بصيرته (٢).

وفى كلام أصحابنا ومشايخنا رحمهم الله ما يؤيد ذلك، قالوا لو قال هذه العين التى أملكها هى ملك لفلان كان ذلك هبة لا اقرار فيشترط فيه كل ما يشترط فى الهبة وذلك لأن الشئ الواحد لا يكون ملكا لشخصين لكل واحد منهما على الكمال فى آن واحد فلا يصح الاقرار، لكن اللفظ يحتمل الانشاء فيحمل عليه ويكون هبة.

أما إذا لم يصف إلى نفسه بأن قال هذه العين لفلان لكن من المعلوم لكثير من الناس أنها ملكه فهل يكون اقرارا أو تملكيا؟ قال فى الدر المختار ينبغى الثانى فیراعى فيه شرائط التملك (فراجعه) وإنما كان تملكيا وإن لم توجد فيه اضافة صريحة لأن فيه اضافة تقديرية والدليل عليها أن ملكه إياها معلوم للناس والحاصل ان الاضافة إلى نفسه التى تقتضى التملك أما أن تكون صريحة أو تقديرية تعلم بالقرائن كأن كان مشهورا بين الناس أنها ملكه، وبهذا يظهر الجواب عن مسائل جعلوها تملكيا ولا اضافة فيها أهـ (تكملة رد المحتار) وقال أيضا فيها وفى رد المحتار: المفهوم من كلامهم أنه إذا اضاف المقر به إلى نفسه كان هبة وإلا احتمل الاقرار والهبة فيعمل بالقرائن ولكن يشكل عليه ما عن نجم الأئمة البخارى أنه اقرار فى الحالتين،

(٢) أنظر ما سيأتى فى القرينة القاطعة وما أحسن ما جاء فيها من أن الأقرار إذا كان لعملة اطلع عليها الحاكم لم يلتفت إليه أبدا وقد وقعت فى عصرنا هذا حوادث من الاقرار ثبت فيها للمحكمة كذب المقر وأنه كان مأجورا على اقراره لتحمله المسؤولية عن غيره أو أقر لأغراض أخرى.

وربما يوفق بين كلامهم بأن الملك إذا كان ظاهراً للمملك فهو تمليك وإلا فهو اقرار
إن وجدت قرينة الاقرار، وتمليك إن وجدت قرينة التمليك، فتأمل فأنا نجد في
الحوادث ما يقتضيه (رملی) انظر الدر ورد المحتار وتكملته وتنقيح الحامدية،
ونقل في شرح المادة (١٦٠١) من المجلة عن الحموى وغيره أن اقرار المريض إن
كان للأجنبي فإن كان حكاية يجوز من جميع المال، وإن كان بطريق الابتداء فمن
ثلث المال كما في العمادية، وقد سئل العلامة المقدسى عن المراد بالحكاية والابتداء،
فأجاب بأن المراد بالابتداء ما يكون صورته صورة اقرار وهو في الحقيقة ابتداء تمليك
بأن يعلم بوجه ما أن ما اقر به ملك له وإنما قصد اخراجه في صورة الاقرار حتى لا
يكون في ذلك منع ظاهر على المقرر. أما الحكاية فهي على حقيقة الاقرار (أنظر
الحامدية).

وهذا التفصيل المنقول عن العمادية حسن من جهة المعنى وإن كان مخالفا لما
أطلقوه في كتب المذهب المعتبرة من أن إقرار المريض لغير وارثه صحيح وإن أحاط
بكل ماله وقد استوفى في رد المحتار الكلام في هذه المسألة.

الفصل الثالث

ركن الإقرار

ركن الإقرار لفظ أو ما فى حكمه دال عليه، كقولك لفلان على كذا أو ما يشبهه من كل لفظ يؤدى معنى الاعتراف بالحق.

وبالإقرار يقوم ظهور الحق وانكشافه (كما تقدم) ولذا لا يصح فيه التعليق لان التعليق إنما يكون بالنسبة للمستقبل والاقرار اخبار عما سبق وبينهما تناف، وسيأتى ما يوضحه فى الاستثناء (وانظر المادة ١٥٨٤ من المجلة وشرحها)

وكذا لا يصح فيه شرط الخيار لأنه توسعه على المتصرف للإمضاء أو الامتناع ولا يتصور هذا إلا فى التصرفات الإنشائية كالبيع ونحوه، قال فى العناية ما نصه: ومن أقر لرجل بشىء على انه بالخيار فى إقراره ثلاثة أيام فالأقرار صحيح يلزم به ما أقر به لوجود الصيغة الملزمة وهى قوله (على) ونحوه والخيار باطل لان الخيار للفسخ، والاخبار لا يحتمله لان الخبر ان كان صادقا بمطابقته للواقع فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وإن كان كاذبا لم يتغير باختياره وعلوم اختياره وإنما تأثيره فى العقود لتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه أهـ واورد فى تكملة الفتح تعليلا آخر وهو ان الخيار فى معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار، إلا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمتنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل فى حكم السبب فإذا لغا بقى حكم الاقرار وهو اللزوم كما أن التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه كذا فى المبسوط وغيره أهـ.

أقول وبمراجعة مسألة التعليق ومسألة الخيار فى كتب الأصول يتضح لك الفرق جليا. ثم قال قاضى زاده ما نصه قال فى المحيط البرهاني: هذا إذا أقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب. فأما إذا بين السبب بأن قال لفلان على ألف درهم من قرض أو غصب بعينه أو مستهلك أو ودیعة بعینها أو مستهلكة على انى بالخيار فالخيار باطل والمال لازم، لأنه وإن بین السبب إلا أن

إشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح، لأن سبب الوجوب إن كان استهلاكاً فالاستهلاك بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه وإن كان قرضاً أو غصباً بعينه ووديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه، وإن كان قابلاً للفسخ بالرد لأن حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بأن يرد ما قبض فيفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة. ولو قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع، على أن المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الأصل في جانب المقر إنما ذكره في جانب المقر له ولا شك أن المقر له إذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لأنه في الحاصل يدعى شراء بشرط الخيار لأن هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب وهو الشراء واشتراط الخيار، في الشراء مستقيم بخلاف ما إذا ذكر المال مطلقاً ولم يبين السبب، لأن هناك المال مشروط في الاقرار واشتراط الخيار في الاقرار لا يستقيم أه وتامه فيه فراجعه وقارنه بما يأتي.

ونقل في شرح المادة (١٨٥٤) من المجلة عن البحر أنه إذا أقر بدين لزمه بسبب عقد وأنه وقع بالخيار له فيصح باعتبار العقد إن برهن أو صدقة المقر له وإذا أنكر المقر له فالقول قوله. ولو أقر بدين بسبب كفالته على أنه بالخيار مدة قصيرة كانت أو طويلة فانه يصح إذا صدقه المقر له، لأن الكفالة عقد أيضاً أه راجع مدة الخيار في الكفالة.

ولا يتوقف الاقرار على قبول المقر له ولكنه يترد برده كما قدمناه.

فإذا رد المقر له كل المقر به بطل حكم الاقرار في الكل، وإذا رد مقدارا من المقر به لا يبقى حكم الاقرار في المقدار المردود ويبقى فيما وراءه — وليس كل اقرار يترد بالرد بل الذي يترد منه هو ما كان الحق فيه خالصاً للمقر له، وأما إذا لم يكن خالصاً له كأن يكون مشتركاً بينه وبين المقر كالشراء والنكاح فلا يستبد المقر له برده (١).

ولو قبل المقر له الاقرار ثم رده (كأن قال ليس هذا الذي أقر لى فلان به ملكي) لا يترد

(١) وتنص المادة ١٨ من مشروع قانون الأثبات والمواد المدنية والتجارية «لا يتوقف الاقرار على قبول المقر له ولكن يترد برده».

لأن المقر به صار ملكاً خاصاً للمقر له بقبوله ونفى الإنسان ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح. نعم لو تصادقا على عدم الحق صح.

ولو رده ثم قبله بعد الرد لا يصح لأن حكم الاقرار بطل بالرد ولكن هذا في الاقرار الذى يرتد بالرد، أما ما لا يرتد بالرد كالنسب والنكاح فإنه لو ادعاه المقر له بعد رده يقبل.

ولو أعاد المقر اقراره بعد أن رده المقر له فصدقه فى الاقرار الثانى فإنه يلزمه استحساناً لا قياساً، وجه الاستحسان أنه يحتمل أنه كذب بغير حق لغرض من الأغراض الفاسدة فانقطع عنه ذلك الغرض فرجع إلى تصديقه ووجه القياس أن الاقرار الثانى عين الأول فالتكذيب فى الأول تكذيب فى الثانى (أنظر الدر ورد المحترار وتكملته).

قال فى الدر والتكملة ما خلاصته: المقر له إذا كذب المقر بطل اقراره إلا فى مسائل وهى:

(أ) الاقرار بالحرية، فإذا أقر أن العبد الذى فى يده حر تثبت حرته وأن كذبه العبد. أقول ولعل وجهه أن الحرية ليست حقاً خالصاً للعبد بل يترتب عليها حقوق الله تعالى فلا يملك العبد اسقاطها. والشارع أشد ما يكون تشوقاً إلى الحرية كما بين ذلك فى آى الذكر الحكيم وسنة النبى الكريم صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

(ب) النسب فى بعض الصور. راجع الاقرار بالنسب

(ج) ولاء العتاقة.

(د) الوقف فان المقر له بالوقف إذا رده ثم صدقه صح ونقل الحموى عن الاسعاف أنه لو أقر لرجلين بأرض فى يده أنها وقف عليهما وعلي أولادهما ونسلهما أبداً ثم من بعدهم على المساكين فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ولا أولاد لهما يكون نصفها على المصدق منهما والنصف الآخر للمساكين فلو رجع المنكر إلى التصديق رجعت الغلة إليه. وهذا بخلاف ما لو أقر لرجل بأرض فكذبه المقر له ثم صدقه فإنها لاتصير له مالم يقر له بها ثانياً والفرق أن الأرض المقر بوقفيتها

لاتصير ملكا لاحد بتكذيب المقر له فإذا رجع ترجع إليه الأرض المقر بكونها ملكا ترجع إلى ملك المقر بالتكذيب أهـ وتام البحث في الأصل فراجع.

(هـ - و) الطلاق والعتاق فإن الاقرار بهما لا يبطل بتكذيب المرأة والعبد لأن كلا منهما اسقاط بالمسقط وحده وكذا غيرهما من الاسقاطات.

(ز) الميراث فلو قال لست وارث فلان لا يبطل حقه في الارث (راجع ما يسقط من الحقوق بالاسقاط وما لا يسقط).

(ح) الرق فلو قال له أنا رقيقك فأنكر ثم ادعاه وصدقه العبد صح.

(ط) النكاح، فلو قال لها تزوجتك أمس فقالت لا ثم قالت بلى وقال هو لا لزمه النكاح، لأن اقراره لم يبطل إذ النكاح عقد لازم لا يبطل بمجرد جحود أحد الزوجين فيصح بتصديقها بعد التكذيب فيثبت ولا يفيد انكاره بعد أهـ (تكملة) ومثل النكاح كل ما كان الحق فيه مشتركا بين المقر له والمقر كالبيع (أنظر تكملة رد المختار ومتفرقات قضاء البحر) ثم قال في الدر والضابط ان مافيه تمليك مال من وجه يقبل الرد وإلا فلا كابطال شفعة وطلاق وعتاق لا يقبل الرد وهذا ضابط جيد فليحفظ وقال في التكملة نقل العلامة البر بن الشحنة عن تقويم الدبوسى الصدقة بالواجب أى الثابت فى الذمة اسقاط كالصدقة بالدين على الغريم وهبة الدين له فتتم له بغير قبول كذا سائر الاسقاطات تتم من غير قبول إلا ان ما فيه تمليك مال من وجه يقبل الارتداد بالرد، وماليس فيه تمليك مال لم يقبل كابطال حق الشفعة والطلاق وهذا ضابط حسن فتنبه له أهـ قال بعض الفضلاء هذا الضابط ظاهر فيما يقبل الرد من الإنشاءات لكن هو خارج عما فيه البحث من كون الاقرار يرتد أو لا يرتد إذ الاقرار لاتملك فيه أهـ (عبارة التكملة).

أقول: فيما قاله هذا الفاضل نظر، فقد صرحوا بأن الاقرار اظهار فى حق ملكية المقر به أما فى حق الرد فيعتبر تمليكا مبتدأ كالهبة ولذا يرتد برد المقر له (أنظر تكملة رد المختار وشرح المجلة) وقد أشرنا إلى هذا فيما تقدم فلم يبق للاعتراض محل.

ونقل فى التكملة عن الذخيرة أن من اقر لإنسان بشيء وكذبه المقر له فقال المقر

أنا أقيم البيئة على ذلك لانتقبل بيئته أهـ ولم يذكر وجهه.

وأقول: قد يلاحظ أن الشيء المقر به قد يكون في ثبوته للمقر له اضرار به فهو يكذب المقر اتقاء لهذا الضرر ويمكن أن يمثل لهذا بما لا يحصى من الأمثلة والبيئة التي تثبت الملك لشخص في شيء ينفي هو ملكه إياه عن نفسه إنما اعتمدت في تحمل الشهادة على معاناة اليد أو معاناة السبب وقد تكون اليد غير يد ملك في الحقيقة وقد يكون السبب قد ارتفع برفع لهذا كان نفى الملك ممن نسب إليه أقوى مما يثبت عليه بالشهادة.

والاقرار يصح للغائب كما يصح للحاضر لكن يكون غير لازم بل يتوقف على تصديق الغائب (أنظر الدعوى الخمسة في أثناء الكلام مع ابن أبي ليلى) وعلى هذا لو أقر بعين لغائب ثم أقر بها الحاضر صح اقراره الثاني كالفضولى إذا باع عينا لزيد ثم باعها لبكر قبل اجازة المالك البيع الاول صح بيعه لبكر موقوفا على الاجازة والحاصل ان الاقرار لكل من الحاضر والغائب صحيح مطلقا بلا قبول لكنه لازم في حق المقر بالنسبة للحاضر فلا يملك الاقرار به لغيره قبل ان يردده وغير لازم في حق المقر بالنسبة للغائب فيجوز له أن يقر لغيره وأما المقر له فالاقرار غير لازم في حقه سواء أكان حاضرا أو غائبا فله أن يردده في الحالتين على ما تقدم (أنظر تكملة رد المحتار).

واختلاف المقر والمقر له في سبب المقر به لا يمنع صحة الاقرار فلو ادعى زيد على بكر ألفا من جهة القرض فأقر بكر بألف من جهة ثمن المبيع فلا يكون اختلافهما هذا مانعا من صحة الاقرار لأنه لا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود لأن الأسباب مطلوبة لأحكامها لا لأعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجود أصل المال (تكملة الفتح) وعلى ذلك إذا وقع الاختلاف في السبب يثبت المقر به ويبطل السبب، وأنظر المادة (١٥٨١) من المجلة وشرحها والمادة (١٢٦) من اللائحة السابقة وهي المادة (١٢٥) من اللائحة الشرعية.

قال في المذكرة الايضاحية مانصه المادة ١٢٦ قد يخفى الحكم فيها على بعض القضاة أيضا فلا يعتبرون الاقرار في حالة اختلاف المقر والمقر له في سبب المقر به مع أن الحكم الشرعى ليس كذلك فلو ادعى احد مبلغا بسبب القرض والمدعى عليه

أقر بهذا المبلغ ولكن بسبب البيع (مثلا) فلا يكون اختلافهما هذا مانعا من صحة الاقرار واعتباره فيلزم المدعى عليه بدفع المبلغ للمدعى.

وكما يكون الاقرار صراحة بالقول يكون أيضا بطريق الدلالة فلو طلب شخص الصلح عن مال كان طلبه هذا اقرارا بذلك المال فإذا قال رجل لآخر لى عليك ألف فأعطنى إياه فقال المطلوب صالحنى بسبعمائة (مثلا) فإن هذا يكون اقرارا منه بالألف المطلوب. وكذا إذا إستام شيئا أو استعاره أو استوهبه كان هذا اقرارا منه دلالة بعدم ملكيته الشيء الذى استعاره أو استأجره (٢) لأن الإنسان لا يستام ولا يستأجر إلخ ملك نفسه.

ولو قال رجل لآخر لى عليك ألف فقال فى جوابه: الحق أو الصدق أو اليقين ، أو قال حقا أو صدقا أو يقينا أو كرر لفظا من هذه الألفاظ كان كل ذلك اقرارا أما لو قال الحق حق أو الصدق صدق أو اليقين يقين لا يكون اقرارا لانه كلام تام بخلاف مامر لأنه لا يصلح للابتداء فجعل جوابا فكأنه قال ادعيت الحق، ولو قال لى عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو اجلنى به أو قضيتك إياه أو نحو ذلك كان اقرارا بها وذلك لرجوع الضمير إليه فكان كل واحد منها جوابا. وهذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء فإن كان وشهد الشهود بذلك لم يلزمه شيء أما لو ادعى الاستهزاء فإنه

(٢) قال فى شرح المادة (١٥٨٣) من المجلة: وهذا متفق عليه ولكن هذ الاستيام ونحوه اقرار بالملك لذي اليد؟ روايتان فعلى رواية الجامع «نعم» وعلى رواية الزيادات «لا» وهو الصحيح (رد المحتار عن الصغرى) وفى الانقروى عن الرشيدية ينبغى ترجيحه لأنه ظاهر الرواية وصحح بعضهم رواية الجامع وعليها الشروح والظاهر من عبارة المادة اختيار رواية الزيادات يكون الاستيام ونحوه اقرار بأنه لا ملك للمساوم الخ لها بكونه اقرارا بالملك لذي اليد وتظهر ثمرة الخلاف فى مسائل: (منها) لو إستام شيئا ثم شهد به لغير المستام منه فعلى رواية الزيادات تسمع وعلى رواية الجامع لا و(منها) لو استام شيئا ثم ادعاه بوكالة او وصاية فعلى الرواية الأولى تسمع وعلى الثانية لا وما ذكره الانقروى من انه لو استأجر ثوبا أو إستعاره ثم ادعاه لابنه الصغير فإنه يقبل هو مبني على رواية الزيادات ثم لا فرق بين ان يكون الاستيام ونحوه من ذي اليد أو من وكيله كما فى التنوير وغيره وقد فصلنا القول فى هذه المسألة فى باب التناقض من كتاب الدعوى

لا يصدق بل لابد من البينة. ولو قال: اتزن أو انتقد بلا ضمير لا يكون اقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور فكان كلاما مبتدأ والأصل أن كل ما يصلح جوابا لا ابتداء يجعل جوابا، وما يصلح للابتداء لا للبناء على كلام سابق أو يصلح لهما مثل (اتزن) يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك وهذا التفصيل بين ذكر الضمير وعدمه إذا كان الجواب مستقلا بالمفهومية بأن يفهم معنى يحسن السكوت عليه فلو كان غير مستقل بأن لا يتأتى فهمه إلا بالنظر لم يبنى عليه كقوله (نعم) كان اقرارا مطلقا سواء ذكره بضمير كأن يقول نعم هو على بعد قوله لى عليك ألف أو لم يذكره بأن قال نعم فقط. وعلى ذلك لو قال: أعطني ثوبى هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالثوب. أنظر الخانية والدر وحاشية الطحاوى وتكملة رد المحتار. والمادة (١٥٧٢) من المجلة وشرحها.

واقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة فإن كان يستطيع الكتابة فلا يعتبر اقراره إلا بها على أرجح الرأيين وهو ما اختاره المحققون وقد فصلنا القول فيه فى كتاب الدعوى، وبه أخذت اللائحة الشرعية فى المادة (١٢٨) ونصها اقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة ولا يعتبر اقراره بالإشارة إذا كان يمكنه بالكتابة أه وقال فى المذكرة الإيضاحية ما نصه: المادة (١٢٨) بين فيها أيضا حكم شرعى قد يخفى على بعض القضاة فلا يعتبر إشارة الأخرس أو قد يعتبرها مطلقا ولو أمكنه الكتابة أه والإيماء بالرأس من الناطق ليس باقرار (أنظر الدر والتكملة وأنظر المادتين ٧٠ و١٥٨٦ من المجلة وشرحهما. (٣)

ويكون الإقرار بالكتابة كما يكون باللسان كما تقدم غير أنا نقول هنا أن المادة (١٢٩) من اللائحة نصت على أنه لا تقبل دعوى الإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها إلا إذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء أو كان مكتوبا وعليه إمضاء المقرر أو ختمه أو وجدت كتابة تدل على صحته أه. وجاء فى المذكرة الإيضاحية ما

(٣) مادة ١٦ مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية ويكون الاقرار صراحة أو دلالة باللفظ أو الكتابة وكذا الإشارة المعهودة من الأخرس الذى لا يعرف الكتابة.

نصه: المادة (١٢٩) تعديل للمادة (٢٩) من لائحة سنة ٩٧ وقد قصد بوضع المادة (٢٩) تقليل الدعاوى المزورة فكان الخصم إذا أعيته الحيلة فى إثبات الحق الذى يدعيه - يدعى على خصمه أنه أقرب به أمام شهود وشهود الزور كثيرون وشهادتهم على الإقرار بالحق أيسر من شهادتهم بنفس الحق فكثير التزوير فى ذلك فأريد بوضع المادة (٢٩) تقليله. ولما لم تكن وافية بهذا الغرض كما دل على ذلك العمل فقد أشكل أيضا على بعض القضاة فهم المراد منها ولوحظ ذلك فى التعديل فزيدت عليها قيود وغير وضعها إلى ما ترى أهـ.

وقد جاء فى شرح القانون المدنى أن القرار على نوعين إقرار فى غير مجلس القضاء وإقرار فى مجلس القضاء فإن كان الإقرار فى غير مجلس القضاء شفويا فلا عبء به ولا يجوز لمدعيه إثباته إلا فى الأحوال التى يجوز له فيه الإثبات بشهادة الشهود. والسبب فى ذلك عدم تمكين المتقاضين من مخالفة مبدأ عدم الإثبات بالشهود وإن كان مكتوبا وعليه توقيع الخصم فهو حجة عليه وإن كان القانون لم ينص على ذلك لأنه فى قوة العقد الكتابى والإقرار فى مجلس القضاء هو الذى يقع فى ورقة رسمية معلنة من المقر إلى خصمه أو هو الذى يقع شفويا فى الجلسة أمام القاضى أهـ. وستأتى تكملة لهذا الموضوع عند الكلام على أحكام الإقرار قانونا.

من القواعد الفقهية أنه لا ينسب لساكت قول وقد ذكرنا هذه القاعدة فى أحكام السكوت فى قسم الأحكام وبينما ما خرج عنها وانظر الاشباه والنظائر وحواشيها وجامع الفصولين ونور العين وتكملة رد المحتار والمادة ٦٧ وشرحها من المجلة وقد ذكرنا فى حكم الدعوى نقلا عن الدر والتكملة أن المدعى عليه لو لزم السكوت فلم يجب إلا بإقرار ولا بانكار فعند الطرفين يؤخذ منه كفىل ثم يسأل جيرانه عسى أن يكون به آفة فى لسانه أو سمعه فإن أخبروه أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم فإن سكت ولم يجب اعتبر منكرا فيحلف من غير حبس: وعند الثانى يحبس ليقر أو ينكر والفتوى على قول أبى يوسف على الأرجح. لكن السكوت يعتبر رضا وإقرار فى مواضع ذكرناها فى محلها ولنذكر بعضها هنا فمن ذلك أن الزوجة لو ولدت فهنا الناس زوجها فسكت الزوج لزمه الولد فليس له نفية بعد ذلك كما لو أقر.

(ومنها) باع عقارا وامرأته أو ولده أو بعض أقاربه حاضر فسكت ثم ادعاه على المشتري من كان حاضرا عند البيع من هؤلاء.. أفتى مشايخ سمرقند أنه لا يسمع وجعل سكوته في هذه الحالة كإقرار دلالة قطعا للاطماع الفاسدة وافتى مشايخ بخارى أنه ينبغي أن يسمع فينظر المفتى في ذلك فلو رأى أنه لا يسمع لاشتهار المدعى بالحيل والتليس وأفتى بذلك كان حسنا سدا لباب التزوير. (ومنها) رآه يبيع عرضا أو دارا فتصرف فيه المشتري زمانا وهو ساكت سقط دعواه (ومنها) رجل تصرف زمانا في أرض ورجل آخر رأى الأرض والتصرف ولم يدع ومات على ذلك فلا يسمع بعد ذلك دعوى ولده فيترك على يد المتصرف لأن الحال شاهد له (ومنها) انفقت الأم في تجهيز بنتها ما هو معتاد فسكت الأب لا تضمن الأم. (ومنها) امرأة دفعت في تجهيزها لبنتها أشياء من أمتعة الأب والأب ساكت فليس له الاسترداد. (ومنها) سكوت البكر عند إخبارها بتزويج الولي واستئذان الولي إياها على ما بيناه في كتاب النكاح.

والحاصل أن القاعدة هي الأصل وأن الاحتياط قاض بالأخذ بها ولا يعدل عنها إلا للمعنى خاص وهو يختلف باختلاف الجزئيات المستثناة كما وضحناه في محله.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يستفاد من دلالة التعبير أو من السكوت في بعض المواضع التي يعتبر السكوت فيها مقرا بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لسكوت قول ومنها سكوت الوالد بعد تهتة الناس له بالولد بعد ولادته فقد اعتبر سكوته في هذه الحالة إقرارا منه في مقام التدليل على ثبوت نسب المطعون عليها من أمها المتوفاة يتفق وصحيح القواعد الشرعية المعمول بها في فقه الحنفية ذلك أنه حصل في ظروف قيد ميلادها باعتبارها ابنة المتوفاة وتقديم الأخيرة طلبها لاستخراج صورة من القيد في اليوم التالي لإجرائه وتسلمها المستخرج موضحا به أنها والدة البنت المقيدة وعدم اعتراضها على ذلك إقرار المتوفاة بأمونتها للمطعون عليها، وهو تحصيل صحيح

شرعا لجواز الاستدلال على ثبوت البنوة بالسكوت المفصح عن الإقرار به. (١).

- متى ثبت نسب المطعون عليها الأولى من المتوفى بالفراش، مما أجراه المتوفى من قيد المطعون عليها الأولى منسوبة إليه في دفتر المواليد وما جاء على لسان وكيله في دعوى النفقة التى رفعتها ضده المطعون عليها الأولى تطالبه بالانفاق عليها بوصفه أباهما وملزما بنفقتها من مصادقة عليها، ليس إلا إقرارا مؤيدا لثبوت النسب بالفراش وإقرار الأب بنسب الولد إليه يكون منه باللفظ صريحا أو دلالة وبالإشارة حتى مع القدرة على العبارة وبالكتابة الخالية من مظنة التزوير، وبالسكوت عند تهتئة الناس له بالمولود مادام النسب ليس محالا عقلا بأن كان المقر له يولد مثله لمثل المقر، أو باطلا شرعا كنسب ولد الزنا، دون اشتراط حصول الإقرار فى مجلس القضاء على أن يكون الولد مجهول النسب وأن يصادق على ذلك إن كان مميزا ولا يغير من ذلك ما جاء فى كتاب مستشفى الأطفال الجامعى من أنه ثابت فى سجلاتها الخاصة بورود الأطفال من أن الطفلة سلمت للمورث واستخرجت لها شهادة ميلاد من مكتب صحة السيدة زينب، طالما أن النسب قد ثبت بالفراش المؤيد بالإقرار (٢).

- الأصل أن يكون الإقرار صريحا وأن الإقتضاء فيه استثناء من حكم هذا الأصل، فلا يجوز قبول الإقرار الضمنى ما لم يقم دليل يقينى على مرماه (٣).

- الإقرار استخلاصه أو نفيه من سلطة محكمة الموضوع، النعى عليه فى ذلك جدل موضوعى تنحسر عنه رقابة محكمة النقض (٤).

(١) الطعن رقم ١٧ سنة ٤٦ ق- أحوال شخصية- جلسة ٧٨/٢/٢٢

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٧١٤ قاعدة ٢٠٢٠.

(٢) الطعن رقم ١٠ لسنة ٤١ ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٧٥/٢/٥ مجموعة القواعد التى قررتها

محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٧١٤. قاعدة ٢٠١٩

(٣) الطعن رقم ١٢٣ سنة ٣٨ ق أحوال شخصية مال جلسة ١٩٧٤/٢/٢٦

مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٥ ص ٤٢٨

(٤) الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية»- جلسة ٢٠٠١/٨/١٢

الفصل الرابع

تجزؤ كلام المقر

قال فى شرح القانون ما نصه: الإقرار لا يتجزأ فلا يجوز لخصم المقر أن يأخذ من الإقرار ما ينفعه ويترك ما يضره (المادة ٢٣٣) (١) مثال ذلك: ادعى زيد على بكر أنه اقترض منه ألف قرش ويطلب الزامه بأدائها وأقر بكر بأنه اقترض المبلغ حقيقة ولكنه رده إلى زيد أو رد نصفه ولم يبق عليه إلا النصف. ليس لزيد أن يأخذ بالشق الأول من الاعتراف وهو حصول القرض ويترك الشق الثانى وهو الوفاء بالكل أو البعض أهـ. وسيأتى تمة الكلام فى هذه المسألة عند الكلام فى أحكام الإقرار قانوناً.

ونقل فى الطرق الحكمية عن القاضى إياس أن من أقر بشيء وليس عليه بينة فالقول ما قاله قال وهذا أيضاً من أحسن القضاء لأن إقراره علم على صدقه فإذا ادعى عليه الفاء ولا بينة له فقال صدق إلا أننى قضيته إياه فالقول قوله. وكذلك إذا أقر أنه قبض من مورثه وديعة ولا بينة له وادعى ردها إليه.

وأما على مذهب أصحابنا رضى الله عنهم فهذا الكلام يتجزأ فهو متضمن لإقراراً بالدين وهو حجة على المقر ودعوى الوفاء فعليه إثباتها بالبينة وسيأتى ما يوضحه عند قوله (هذه الدار لزيد وبنائها لى).

أقول: إذا كان المدين يعلم يقيناً بأنه استدان ما ادعاه المدعى وأنه وفاه إياه ولا بينة فى الحالتين فهل يصدق فى الأولى فيلزمه أداء الدين مرة ثانية على قول الأصحاب

(١) المادة ٢٣٢ من القانون المدنى القديم تقابل المادة ٤٠٨ من القانون المدنى الحالى والغيت المادة ٤٠٨ من القانون المدنى بإصدار قانون الإثبات.

مادة ١٠٤ من قانون الإثبات.

« الإقرار حجة قاطعة على المقر. ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود فى الوقائع الأخرى ».

مادة (٢٤) مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية (الإقرار لا يتجزأ على صاحبه).

جزاء صدقه أو يرتكب نقيصة الكذب فى الاستدانة ليخلص من الأداء مرة ثانية وقد يأبى عليه الكذب دينة ومردوئه وكرامته فهو لابد واقع فى الضرر على كلا التقديرين؟ فالأحسن ما اختاره ابن القيم للمعنى الذى قاله حيث لا دليل على الدين إلا إقرار المدين.

وقد نقل فى تكملة رد المحتار عن العلامة الرملى أن المقر لو ادعى أنه قال إن شاء الله متصلاً بإقراره فإن كان إقراره قد ثبت بالبينة فلا يصدق فى دعواه إلا بينة المشيئة. أما إذا قال ابتداء أقررت له بكذا مستثنياً فى إقرارى فإنه يقبل قوله بلا بينة أهـ. وقال هذا هو الفقه فلم لا يعمم فى كل إقرار للمعنى الذى قاله ابن القيم ويدخل فيه قوله: هذه الدار لزيد وبنائها لى. إلخ وإن كان المذهب يخالف ذلك فلينظر.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

النص فى المادة ١٠٤ من قانون الإثبات على أن «الإقرار حجة قاطعة ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى يدل على أن الإقرار القضائى وهو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة بما يبنى عليه إقالة خصمة من إقالة الدليل على تلك الواقعة وقد يضاف إلى الإقرار شق آخر يكمل الاعتراف بالواقعة أو يشل دلالة هذا الاعتراف ويكون غير منفك عنه فى صدوره وهو ما يعرف بالإقرار المركب ويعتبر الشق المضاف غير منفك عن جملة الإقرار بحيث يعتبر حجة بأسره. لا جزء منه فحسب لما كان ما تقدم وكان الثابت من الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه وإلى أوراق الدعوى أن المطعون ضده قد أقر أمام المحكمة بأن العملية محل الخلاف رست عليه ولكنه لم يقوم بتنفيذها وإنما تنازل عنها وهو من قبيل الإقرار المركب وذلك لتوفير الارتباط بين الواقعة الأصلية وهى رسو العملية محل الخلاف على المطعون ضده والواقعة المصاحبة لها وهى عدم قيامه بتنفيذها وتنازله عنها لآخر وهذا الارتباط يؤثر على كيان الواقعة

الأولى ووجودها القانونى ومن ثم فهو لا يقبل التجزئة، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم الابتدائى فيما قضى به من إلغاء قرار لجنة الطعن على أساس أن الطاعنة لم تقدم الدليل على قيام المطعون ضده بتنفيذ العملية موضوع الربط لحسابه الخاص فإن النعى عليه بمخالفة القانون والفساد فى الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق يكون على غير أساس (١).

- انه وإن كان الأصل فى الإقرار المركب أنه لا يجوز تجزئته إلا أنه يجب أن تكون الواقعة الأخرى المرتبطة مع الواقعة الأصلية المعترف بها ثابتة لا يدل ظاهر الحال على عدم صحتها (٢).

- من المقرر -وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- عدم تجزئته الإقرار الموصوف أو المركب - المتخذ كدليل فى الدعوى - محله ألا يكون فيها دليل غيره (٣).
- قبول الإقرار أو عدم قبوله للتجزئة لا يمنع المقر له فى الحالتين من التمسك بما هو فى صالحه من الإقرار على أن يتحمل عبء نفي الواقعة المرتبطة إذا كان الإقرار غير قابل للتجزئة ويتحمل المقر عبء إثباتها إذا كان الإقرار قابلاً للتجزئة (٤).

(١) طعن رقم ٢٢٧ سنة ٤٩ ق جلسة ٩/٢/١٩٨١.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٤٨ قاعدة ١٧٩٣.

(٢) الطعن رقم ٢٥٨٨ سنة ٥٩ ق جلسة ٧/٢/١٩٩٨.

(٣) الطعن رقم ٥٩٩ سنة ٤١ ق جلسة ٢٨/١٢/١٩٨٢.

(٤) الطعن رقم ١٥٤٦ سنة ٥٠ ق جلسة ٢٠/١١/١٩٨٥.

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات (١٩٨٥-١٩٨٠) ص ٣٥ قاعدة ٣٨.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الخامس

شروط الإقرار

فى كل من المقر والمقر له والمقر به

الفرع الأول

شروط المقر

يشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغاً فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه (١) ولو أجازته الولي لفقدان أهلية الالتزام بعباراتهم ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم لأنه إقرار على الغير وهو باطل (٢) غير أن الصبي المأذون له بالتجارة يكون إقراره صحيحاً فيما يتعلق بالتجارة كإقراره بالبيع وقبض الثمن.

(١) مادة ١٧ مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية يشترط فى المقر أن يكون عاقلاً بالغاً مختاراً غير محجور عليه.

(٢) قال الأستاذ المرحوم أبوهيف ما نصه: يجوز استجواب كل خصم من الخصوم سواء كان طرفاً أصلياً أو ضامناً فى الدعوى أو شخصاً ثالثاً داخلاً فيها أو كان ممن يؤثر الحكم فى حقوقهم. ولكن لا يجوز استجواب القصر والمحجور عليهم فى المواد الخارجة فى تصرفاتهم الجائزة فإن اعترافهم بها يجب ألا يضرهم ولذلك لا يصح استجوابهم كما لا يجوز استجواب غير الخصوم فانهم إنما يؤدون الشهادة حسب أصولها. ولا الأوصياء فيما لا يجوز لهم الإقرار به على القاصر فإن ذلك يضر به أهد.

أقول وهذا حكم الشرع بعينه كما لا يخفى. وقال فى شرح المادة (١٧٥٣) من المجلة نقلاً عن الحامدية ما نصه: إذا أقر الوصى بدين على الميت لا يصح إقراره لكن لا يخرج به عن أن يكون خصماً للغيرم فإن أقام عليه الغريم بينه بالدين الذى أقره تقبل به بينته. وإذا قضى الوصى ديناً على الميت بلا بينه ثم كبر الصغير وأنكر الدين على أية بضمن الوصى ما دفعه إله الغريم أن لم يكن للغيرم بينه عليه. ولو لم يكن للوصى بينه على ثبوت الدين فله تحليف الصغير عليه (انظر تحليف الصغير فيما كتبناه فى كتاب الدعوى فإنه واف جداً) وفيها عن الجامع الكبير: الأصل أن الوصى متى أقر بتصرف فى مال الصغير بعد بلوغه والصغير منكر: ينظر فإن كان تصرفاً هو مسلط عليه من جهة الشرع فإنه يصدق فيه ويقبل قوله بيمينه وإن كان تصرفاً لم يكن هو مسلطاً عليه من جهة الشرع فإنه لا يصدق فيه ولا يقبل قوله بدون بينه فإن قال انفقت عليك مالك فى صغرك، والتفقة نفقة مثله فى المدة وأنكر الصغير صدق الوصى بيمينه لأنه مسلط على الاتفاق بنفقة المثل شرعاً أما لو كانت النفقة زائدة عن نفقة المثل فلا يصدق الولي فى الفضل لأنه ليس بمسلط عليه أهد. أقول وانظر ما حررنا فى كتابنا الأحوال الشخصية فى إقرار الولي على موليه بالنكاح حال صغره وبعد بلوغه فقد بحثته بحثاً وافياً والله الموفق.

ويشترط في المقر أيضا أن يكون غير محجور عليه بما يمنع من نفاذ التصرفات التي أقربها فإن أقر السفية أو المدين المحجور عليهما بمال لشخص فإن الإقرار يتوقف حتى يفك الحجر. وذلك لقيام أهلية المقر المصححة لعبارته وقت الإقرار غير أنه وجد مانع الحجر فإذا زال المانع ظهر أثر الإقرار: ويشترط أيضا رضا المقر فإذا أقر وهو مكره (٣) فإقراره باطل وكذلك إذا كان هازلا في إقراره (٤) وكذلك السكران إذا كان سكره بمباح كان شرب مكرها أو مضطرا. أما إذا كان سكره بطريق محظور ففيه تفصيل وخلاف بين العلماء وقد بينت ذلك بما لا مزيد عليه في كتابي «الأهلية وعوارضها في عارض السكر فأرجع إليه».

ويشترط لقبول إقراره على نفسه أن لا يكذب ظاهر الحال المقر في إقراره ، فلو أقر لمن لا يولد مثله لمثله أنه ابنه لا يصح إقراره لظهور بطلانه. وكذا لو أقر الصغير الذي لم تتحمل جثته البلوغ بقوله بلغت لا يصح إقراره ولا يعتبر ومنه ما لو قال إن فلانا أقرضني كذا في شهر كذا وقد مات قبله فلا شيء يلزمه. ومن ذلك مالو أقر لوارث بقدر من السهام وهو أزيد من الفريضة الشرعية فهو إقرار باطل لكونه محالا شرعا كما لو مات عن ابن وبنت فأقر الابن أن التركة بينهما نصفان، ومنه ما إذا قالت امرأة أن المهر الذي لى على زوجى هو لوالدى

(٣) سواء كان الإكراه ملجئا أم غير ملجئ - راجع كتابنا الأهلية وعوارضها في عارض الإكراه.

(٤) نقل في شرح المجلة للمادة (١٥٧٥) عن الحامدية ما خلاصته: ادعى زيد على عمرو مبلغا معلوما من جهة القرض فقال عمرو انك أبرأتني من القرض المذكور فادعى زيد بأن الإبراء صدر بينهما على سبيل التلجئة وفسرها وأقام بينه عليها فهل تقبل بيئته؟ الجواب نعم إذا ادعى أن ما صدر بينهما كان بطريق التلجئة والمواضعة وفسرها وأقام بيئته على وفق مدعاه تقبل بيئته بطريقها الشرعى وكما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الإقرار بالتلجئة بأن يقول لآخر إنى أقر لك فى العلانية بمال وتواضعا على فساد الإقرار لا يصح إقراره. وإن ادعى أحدهما أن هذا الإقرار هزل وتلجئة وادعى الآخر أنه جد فالقول لمدعى الجد وعلى الآخر البيئته كما فى التتار خانية، وذلك لأن الأصل فى العقود الصحة فمدعيا متمسك بالأصل وخصمه متمسك بما يخالفه. وانظر كتابنا الأهلية وعوارضها فى عارض الهزل.

أو لوالدتي، ومنه لو أقرت المطلقة بانتهاء عدتها بالحيض قبل مضي ستين يوما على الطلاق، على ما عليه العمل عندنا الآن وكذا لو أقرت بانقضاء عدتها بالحيض بعد ستين يوما ثم تزوجت فولدت بعد الزواج لأقل من ستة أشهر كان إقرارها باطلا وبطل الزواج وكان الولد ثابت النسب من مطلقها (راجع كتابنا الأحوال الشخصية) ومنه ما لو دلت القرائن على كذب الإقرار، وهذا يرجع إلى فطنة القاضي وقد تكون القرينة سهلة الاستنتاج وقد يصعب استنتاجها.

ويشترط أن يكون المقر معلوما. قال في تكملة الفتح ما نصه: قال في شرح الطحاوي. وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الإقرار نحو أن يقول لرجل لك على أحدنا ألف درهم لأن المقضى عليه مجهول وهكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عنه. أقول في تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظرا إذ الظاهر أن الجهالة فيه في المقر عليه لا في المقر لأنه متعين وهو المتكلم والأولى في التمثيل لذلك أن يقال. نحو أن يقول لرجل واحد من جماعة أو اثنين لك على ألف ولا يدري أيهم أو أيهما قال ذلك (٥) أهـ. وكذلك لو قال شخص من بين جماعة اتهموا بجناية قتل إنني أنا القاتل ثم اختفى بينهم وتعذر معرفته.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الأهلية التي تشترط لصحة الأقارير هي أهلية المقر للتصرف فيما أقر به. (٦)
- الإقرار شرط سريانه، وجوب صدوره من المقر أو ممن له صفة في الإقرار عنه (٧).

(٥) وما ينظر إلى هذا عن كتب ما في حكاية عبد الحميد الكاتب وعبد الله ابن المقفع لما قيل لهما من عبد الحميد منكما؟ فكل واحد منهما قال: أنا عبد الحميد وقد كان يراد القبض على عبد الحميد ليقتل لسبب سياسي.

(٦) نقض ١٠٧ سنة ٤ ق «مدني» جلسة ٢٣/٥/١٩٣٥

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ص ٦٣٢ قاعدة ١٧٣٤.

، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ سنة الجزء الأول ص ٣٢ قاعدة ٥١.

(٧) الطعن رقم ٦٥٢ سنة ٤٤ ق جلسة ١٦/١١/١٩٧٨.

الفرع الثاني

شروط المقر له

يشترط أن يكون المقر له معلوما على ما ذهب إليه شمس الأئمة السرخسي لأن المجهول لا يصلح مستحقا إذ لا يمكن الجبر على البيان من غير تعيين المدعى فلا يفيد الإقرار فائدته. وذهب الناطقي وشيخ الإسلام خواهر زاده إلى صحة الإقرار للمجهول إذا لم تكن الجهالة فاحشة كأن قال لشخصين لأحدكما عندي كذا لأن صاحب الحق لا يعدوهما، وفي مثله يؤمر بالتذكر لأن المقر قد ينسى صاحب الحق ولكن لا يجبره القاضى إنما نصب لإيصال الحق إلى مستحقه لا لإبطاله وما ذهب إليه الناطقي وشيخ الإسلام هو الأصح لأنه قد يفيد وصول الحق إلى المستحق بتحليف المقر لكل منها مع نكوله أو بتذكره (١) وإذا اتفقا على أخذه فلهما ذلك. قال الحموى وقد مثل شراح الهداية وغيرها للجهالة الفاحشة بأن قال (لواحد من الناس) ولغير الفاحشة بأن قال (لأحدكما) وبينهما مراتب كما لا يخفى. ثم قال هو وصاحب التكملة ما خلاصته: إن المقر لهم إذا كانوا يحصون عددا فالجهالة مغتفرة وإلا فهي فاحشة. ثم قيل إن المتفاحش مائة وقيل مازاد على المائة (انظر تكملة رد المحتار المادة ١٥٧٨ من المجلة وشرحها).

(١) أقول وفي مثل هذه المسألة يظهر حسن ما ذهب إليه الشافعى وغيره فى رد اليمين على المدعى لأنه كيف يكلف المقر اليمين فى هذه الحالة وهو لا يعرف صاحب الحق منهما أليس فى هذا إحراج والجاد خفى على أن يعين أحدهما وهو على غير بينة مما يقول سواء أكان ذلك التعيين بإقراره أم بنكوله عن اليمين ويعيد جدا أن يحلف لهما جميعا أو ينكل لهما جميعا لأنه فى الأصل يقر بالحق لواحد غير معين منهما نعم لو أمر بالتذكر فتذكر كان فى ذلك حسم لمادة النزاع لكن جبره على البيان ربما يؤدى إلى إعطاء الشئ لمن لبس له فيجب أن يترك البيان لاختياره لعله يتذكر أو يقيم البينة أو يحلف على حساب ما يراه القاضى إذ الغرض تعيين صاحب الحق بما تطمئن إليه النفس.

ولا يشترط أن يكون المقر له عاقلا فلو أقر شخص بمال لمجنون أو معتوه أو صغير غير مميز صح إقراره ويلزمه إعطاؤه ذلك المال ولو بين سببا غير صالح حقيقة كالإقراض وثنم المبيع لأن هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير ولو رضيعا وكذا المجنون والمعتوه وذلك لاحتمال صدور البيع أو الإقراض من الولي أو الوصى فتكون الإضافة إلى الصغير ونحوه مجازا (انظرا الدر وتكملة رد المحتار).

الإقرار للحمل: لو أقر بشيء للحمل فذلك لا يخلو من ثلاثة أوجه لأنه إما أن يبين سببا أو لا يبين وإن بين سببا فاما أن يكون ذلك السبب صالحا أو غير صالح. فإن بين سببا صالحا بأن قال على ألف درهم للحمل الذى فى بطن فلانة أوصى له بها فلان أو مات عمه وتركها ميراثا له فالإقرار صحيح لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك للجنين ثم إذا جاءت به أمه فى مدة يصدق شرعا أنه كان متحقق الوجود وقت الإقرار فيها لزمه ما أقر به للجنين (راجع الوصية للحمل وميراثه والوقف عليه فى كتابنا التزام التبرعات وفى كتابنا بحث الموارث المقارن وكتابنا الأهلية وعوارضها فى أدوار الأهلية) فإن جاءت به ميتا بطل الإقرار له ورجع المال إلى الموصى والمورث وذلك لأن الملك لا يثبت للجنين إلا بعد ولادته حيا ولو جاءت بولدين حينئذ فالمال يقسم بينهما نصفين إن كانا ذكرين أو اثنيين، فإن كانا ذكرا واثنى فذلك فى الوصية وأما فى الميراث فللذكر ضعف الانثى (انظر حاشية العناية وتكملة الفتح والمراجع السابقة) وإن بين سببا غير صالح كأن قال باعنى أو اقترضنى لم يلزمه شيء لأنه بين سببا مستحيلا إذ لا يتصور البيع والإقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر، ولا حكما لأنه لا ولاية لأحد على الجنين شرعا إذ الولاية عليه إنما تبدى من وقت ولادته حيا وإذا كان ما بينه من السبب مستحيلا كان كلامه لغوا فلا يلزمه شيء فإن قيل فهذا يكون رجوعا عن الإقرار والرجوع عن الإقرار لا يصح وإن كان موصولا. قلنا ليس كذلك بل هو بيان سبب محتمل وقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين ثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله بواسطة من يظنه وليا عليه ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه (انظرا المبسوط وتكملة الفتح).

وإن أبهم ولم يبين سببا بأن قال له على ألف درهم ولم يزد على ذلك لم يصح الإقرار عند أبي يوسف لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ولذا حمل إقرار الصبي المأذون له بالتجارة عليه فيصير كما إذا صرح به وقيل إن أبا حنيفة معه وهو قول الشافعي. وقال محمد وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد يصح الإقرار لأن الإقرار من الحجج الشرعية فيجب إعماله ما أمكن وذلك إذا صدر من أهله مضافا إلى محله. وقد أمكن إعماله هنا وذلك بالحمل على السبب الصالح وهو الميراث أو الوصية تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد المأذون إذا أقر بدين فإن إقراره وإن احتمل الفساد بكونه مهرا أو دين كفالة، والجواز بكونه دين تجارة فإنه يكون جائزا تصحيحا لكلامه (انظر التكملة والعناية وحاشيتها).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الأهلية التي تشترط لصحة الإقرار هي أهلية المقر للتصرف فيما أقر، أما المقر له فلا يشترط فيه أهلية ما بل يجوز الإقرار للصغير غير المميز أو المجنون. (١)

(١) الطعن رقم ١٠٧ سنة ٤ ق جلسة ٢٣/٥/١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما الجزء الأول ص ٣٢ قاعدة ٥١. وفي خمسين عاما ص ٦٣٢ قاعدة ١٧٣٤.

الفرع الثالث

شروط المقر به

فى التصرفات التى لاتكون صحيحة مع الجهالة كالبيع والإجارة يشترط أن يكون المقر به معلوما. وفى التصرفات التى تكون صحيحة مع الجهالة كالغصب والوديعة لا يشترط أن يكون المقر به معلوما قال فى تكملة الفتح مانصه. كل تصرف لا يشترط لصحة تحققه اعلام مصادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فإن الجهالة لاتمنع تحقق الغصب والوديعة، فإن من غصب من رجل مالا مجهولا فى كيس أو أودعه مالا مجهولا فى كيس فإنه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمها، وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام مصادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة لا يصح، وذلك كالبيع والإجارة فإن من أقر أنه باع من فلان شيئا أو أجر من فلان شيئا أو اشترى من فلان كذا لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شيء وهذا لأن الثابت بالإقرار كالثابت معاينة ولو عاينا أنه باع منه شيئا مجهولا لا يجب تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا إذا ثبت بالإقرار. ولو عاينا أنه غصب شيئا مجهولا فى كيس يجبر على الرد فكذا إذا ثبت بالإقرار. وإذا صح الإقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا للمقر له كذا فى الكافى والمحيط البرهانى أهـ. وإذا مات المقر قبل البيان قال الشرنبلالى ينبغى أن يرجع فيه إلى الورثة (أنظر المادة ١٥٧٩) من المجلة وشرحها نقلا عن الدر والتكملة. ويجب أن يبين ماهو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة، قال فى المبسوط: رجل قال غصبت من فلان شيئا فالإقرار صحيح ويلزم به مايبينه ولا بد أن يبين شيئا هو مال لأن الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غير مال إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه فإن الغصب لا يرد إلا على ماهو مال وماثبت بدلالة اللفظ فهو كالمفوض كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون إقراراً بشراء ماهو مال لأن الشراء لا يتحقق إلا فيه. ولا بد أن يبين مالا يجرى فيه التمانع بين الناس حتى لو

فسره بحجة حنطة لا يقبل ذلك منه لأن اقراره بالغصب دليل على أنه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجرى فيه التمانع. فإذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه، لأن هذا بيان مقرر لأصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان أو مفصولا. ويستوى أن يبين شيئا يضمن بالغصب أو لا يضمن بعد أن يكون بحيث يجرى فيه التمانع حتى إذا بين أن المغضوب خمر وكان المغضوب منه مسلما فالقول قوله أما أن كان الذي غصبت منه الخمر غير مسلم كانت مضمونة على الغاصب (راجع أحكام الغصب وعوارض الأهلية) وكذا أن بين أن المغضوب عقار فالقول قوله وان كان لا يضمن بالغصب عند أبي حنيفة (راجع أحكام الغصب) أه. من الهداية وتكملة الفتح. وقال في التكملة بعد ذلك ما خلاصته أنه لو بين المغضوب بما يجرى فيه التمانع ولكن ليس بمال كالزوجة والولد بأن قال ماغصبته هو زوجتك أو ولدك فعلى اختيار مشايخ العراق يقبل بيانه لأنه موافق لمبهم كلامه بل التمانع في الولد والزوجة يجرى بين الناس أكثر مما يجرى في الأموال. وعلى اختيار مشايخ ماوراء النهر وهو اختيار صاحب الهداية لا يقبل منه هذا البيان بل يجب أن يبين بما هو مال لأن الغصب لا يتحقق إلا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون إنكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح (أنظر الأصل).

ولنذكر هنا خلاصة مقالوه في بيان الاقرار بالمجهول وما يتعلق بذلك نقلا عن الهداية والدر المختار وشروحهما وحواشيهما: لو قال لفلان على حق ثم قال أردت به حق الإسلام أو الجوار صدق إذا وصله وإن فصله لا، وعليه مشى في التاتارخانية وقال العلامة المقدسى: وينبغي أن يصدق إذا فسره بحق الشفعة أو التطرق ونحوه. ولو قال لفلان على مال فالمرجع إليه في بيانه وبقليل قوله في القليل والكثير لأن كل ذلك مال غير أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالا عرفا فإن بين المقر ما يصح به البيان من المال وادعى المقر له أكثر منه فالبينة على المقر له بالنسبة للزيادة لأنه يدعيها والقول للمقر فيها لأنه ينكرها.

ولو قال لفلان على مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم لأنه أقر بمال

موصوف فلا يجوز الغاء الوصف، والنصاب عظيم حتى أعتبر صاحبه غنياً به. وعن أبى حنيفة أنه لا يصدق فى أقل من عشرة دراهم وهى نصاب السرقة لأنه مال عظيم حيث تقطع به اليد ولأنه نصاب المهر أيضاً (١) وهذا إذا قال من الدراهم أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفى الأبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يكون الواجب فيه من جنسه وفى غير مال الزكاة بقيمة النصاب والظاهر أن التقدير يكون بأقل النصابين قيمة من الدراهم والدنانير. ولو قال أموال عظام بالتقدير بثلاثة نصب من أى فن سماه اعتباراً لأدنى الجمع. ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة عند أبى حنيفة لأنها أقصى ما ينتهى إليه اسم الجمع. يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه وقالوا لا يصدق فى أقل من مائتين لأن صاحب النصاب مكثرت حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف مادونه. ولو قال دراهم فهى ثلاثة لأنها أقل الجمع إلا أن بين أكثر منها لأن اللفظ يحتمله. ولو قال له على كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من أحد عشر درهما لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر. ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق فى أقل من واحد وعشرين لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر واحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره. ولو قال كذا درهما فهو درهم لأنه تفسير للمبهم وهو كذا الذى هو كناية عن العدد المبهم وأقله المتيقن واحد. ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر لأنه لا نظير له سواء، وإن ثلث بالواو فمائة وواحد وعشرون، وإن ربع زيد عليها ألف لأن ذلك نظيره. وهكذا.

(١) ونقل فى تكملة رد المحتار عن الفتح أن الأصح أنه على قوله مبنى على حال المقر فى الفقر والغنى فإن القليل عند الفقير عظيم. وأضعاف ذلك عند الغنى ليس بعظيم. وهو فى الشرع متعارض فان المائتين فى الزكاة عظيم وفى السرقة والمهر العشرة عظيم. فيرجع إلى حاله، كذا فى النهاية ومثله فى تكملة الفتح أهـ . أقول وهو تفصيل حسن جداً كما لا يخفى.

وإن قال له على أو قبلى فقد أقر بالدين لأن «على» صيغة إيجاب و«قبلى» ينبنى عن الضمان. ولو قال المقر وهو وديعة ووصل قوله هذا بما قبله من قوله على أو قبلى صدق. لأن اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه، والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا (كما هو الشأن فى بيان التغير كما سيأتى) ولو قال عندى أو معى أو فى كيسى أو فى صندوق فهو اقرار بأمانة فى يده لأن كل ذلك اقرار يكون الشئ فى يده، وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهو الأمانة لأنه المتيقن (أنظر تكملة رد المحتار) ومن شاء المزيد فليرجع إلى الأصل.

ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى التأجيل لزمه الدين حالا لأنه أقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه وهو الأجل فيصدق فى الاقرار بلا حجة دون الدعوى (٢) (أنظر ماتقدم وماسيأتى فى تجزؤ كلام المقر) وهذا اذا لم يصل الأجل بكلامه أما اذا وصل صدق ويعتبر ذكر الأجل من بيان التغير، وصدر الكلام يحتمله وإذا لم يصدق فى الأجل يستخلف المقر له على الأجل لأنه منكر حقا عليه. وهذا بخلاف مالو قال له على ألف درهم سود فكذبه المقر له فى الوصف فإنه لا يلزم المقر إلا ما أقر به من السود نوع من الدراهم إذ من الدراهم ما هو موصوف بالسود من أصله ومنها ما هو موصوف بالبياض من أصله، وهذا بخلاف الأجل فانه وصف عارض للدين لا يثبت إلا بالشرط، والقول للمنكر فى العارض. والحاصل أن الاقرار بالدين المؤجل هو اقرار بالدين وإدعاء لحصول العارض، والاقرار بالدراهم موصوفة بوصف ثابت لها من الأصل اقرار بالنوع والقول فيه للمقر، إذ الوصف الذى وصف به الدراهم ليس وصفا عارضا لها بالشرط وإنما هو ثابت لها من الاصل (أنظر الدر والتكملة والهندية)

ومن أقر بحمل شاة (مثلا) صح اقراره ولزمه لأن له وجها صحيحا وهو الوصية

(٢) أنظر تكملة الفتح. وقال الشافعى رضى الله عنه: يلزمه الدين مؤجلا يمينه (أنظر الدر المختار) ولا يجزأ الاقرار. وهذا من الاقرار الموصوف فى عرف القانون، وهو لا يجزأ قانونا بالاجماع، على ماسيأتى فى موضوعه.

به من جهة غيره فيحمل عليه (هداية). وهل يصح حمله على الميراث؟ قال في تكملة الفتوح: ان حمله على الميراث صحيح وبين وجهه بأن الفقهاء صرحوا بأن من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء - وهذا مما لاشك فيه - فحينئذ يجوز أن يوصى مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثنى حملها ثم يموت فتصبر الحامل للموصى له والحمل لو ارث الميت. فلو أقر الموصى له بعد أن قبض الحامل بأن حملها لو ارث الميت صح اقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث. قال فلا وجه لقول الشراح: لا وجه للميراث في هذه الصورة إلى آخر ما قال فراجعه وما قاله في هذه المسألة هو توجيه حسن.

ومن أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فاما أن يذكرهما بكلمة (في) أو بكلمة (من)، فإن ذكرهما من كان يقول غصبت تمراً من قوصرة (٣) أو ثوبا من منديل لم يلزمه إلا المظروف، لأن كلمة من للانتزاع فيكون اقراراً بغصب المنزوع فقط: وإذا ذكرها بكلمة (في) فأما أن يكون الظرف مما يمكن نقله كقوله غصبت تمراً في قوصرة أو ثوبا في منديل أو طعاما في سفينة أو حنطة في جوالق، واما أن يكون مما لا يمكن نقله كقوله غصبت دابة في اصطبل أو طعاما في بيت، فإن كان الأول لزمه الظرف والمظروف جميعاً لأن الاقرار بالغصب اخبار عن نقله، ونقل المظروف حال كونه مظلوماً لا يتصور إلا بنقل الظرف فصار اقراراً بغصبهما ضرورة، ويرجع في البيان إليه لأنه لم يعين. وإن كان الثاني فعلى قول الشيخين يلزمه المظروف فقط لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول عندهما (كما بين في محله) ولو ادعى أنه لم ينقل لا يصدق لأنه أقر بغصب تام لأنه مطلق فيحمل على الكمال. وعلى قول محمد يكون اقراراً بالظرف والمظروف بناء على تصور غصب العقار عنده أيضاً. وهذا كله إذا أضاف ما أقر به إلى فعل نفسه بأن قال غصبت منه تمراً في قوصرة .. إلخ أما لو ذكر ابتداء فقال له على تمر في قوصرة فعليه التمر دون القوصرة لأن

(٣) القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر وانما تسمى بذلك مادام التمر فيها وإلا فهي زنبيل أه. وهذا مبنى على عرفهم كذا في المغرب وانظر التكملة.

الاقرار قول والقول يميز البعض دون البعض، كما لو قال بعث له زعفراناً فى سلة (أنظر الهداية والعناية وتكملة الفتح والدر وتكملة رد المحتار).

وأما إذا لما يصلح أحد الشيئين ظرفاً للآخر كقوله غصبتَه درهما فى درهم لم يلزمه إلا درهم واحد لأن الثانى لم لم يصلح ظرفاً للأول لغا آخر كلامه (عناية). ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لأن أسم الخاتم يشمل الكل. ومن أقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لأن الاسم ينطوى على الكل. ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفاً (هداية).

الفصل السادس

حكم الاقرار

متى تم الاقرار مستوفيا شروطه صار المقر وحده هو المؤاخذ به ولا يتوقف ذلك على القضاء (أنظر ما تقدم في أول الاقرار وفي حكم الدعوى) وعليه فحكم الاقرار ينحصر في أمرين:

(الأول) كونه حجة قاصرة على المقر وحده.

(الثاني) كونه حجة بنفسه.

الفرع الأول

كون الاقرار حجة على المقر وحده

للمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر اقراره عليه ولا يؤاخذ به غيره (١)
(بخلاف البيئة فإنها حجة متعددة) ومن أمثلة ذلك ما حكاه في فتح القدير جزء
خامس قال مانصه:

١ - أخرج الطبراني مسنداً إلى ابن عباس قال: بينما رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يخطبنا يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه فقال يارسول الله أقم علىّ الحد فقال أجلس فجلس، ثم قام الثانية فقال يارسول الله أقم علىّ الحد فقال أجلس فجلس، ثم قام الثالثة فقال يارسول الله أقم علىّ الحد. قال: وما حدك؟ قال أتيت امرأة حراماً. فقال صلى الله عليه وسلم - لعلى وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضى الله عنهم: انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقبل يارسول الله ألا تجلد التي خبث بها؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه

(١) مادة ١٠٤ اثبات «الاقرار حجة قاطعة على المقر».

مادة ٢٣ مشروع قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية «الاقرار حجة قاصرة على المقر»

وسلم من صاحبك؟ قال فلانه. فدعاها ثم سألها فقالت يا رسول الله كذب على والله أنا لا أعرفه. فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك؟ فقال يا رسول الله مالي شاهد فأمر به فجلد حد القذف ثمانين جلدة أه فأنظر كيف قصر اقراره عليه واعتبره قاذفا. وكفى بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم دليلا.

٢ - ومن ذلك أنه لو اشترى شخص شيئا فاستحقه غيره بحكم شرعى فان استحقه باقرار المشتري فليس للمشتري حق الرجوع على بائعه بالثمن لأن اقراره لا يسرى على البائع. ولو استحقه بالبينة رجع المشتري على بائعه بالثمن لتعدى الحكم إليه.

٣ - لو أقر الراهن بالمرهون لرجل فلا يتعدى اقراره إلى المرتهن.

٤ - لو استحققت دابة ولدت عند المشتري وكان الاستحقاق بالبينة تبعها ولدها، وان أقربها ذو اليد لرجل لا يتبعها ولدها. وكذا سائر الزوائد. والفرق أن البينة تثبت الملك من الأصل والولد كان متصلا بالدابة يومئذ فيثبت الاستحقاق فيه. والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر، وما يثبت بالضرورة يقدر بقدرها (أنظر الهداية في الاستحقاق).

٥ - أقر رجل فقال غلة هذه الصدقة الموقوفة لفلان دونى ودون الناس جميعاً بأمر حق ثابت عرفته ولزمنى الاقرار له بذلك فانه يصدق على نفسه ولزم باقراره مادام حيا، فإن مات ردت الغلة إلى من جعلها الواقف بعده.

٦ - وقف على زيد وولده ونسله ثم على الفقراء، فأقر زيد أن الوقف عليهم وعلى هذا الرجل لا يصدق على ولده ونسله بل تقسم الغلة على زيد ومن كان موجوداً من ولده ونسله فما أصاب زيدا من كان بينه وبين المقر له مادام زيد حيا، فإذا مات بطل اقراره ولم يكن للمقر له حق (أنظر المادة ٧٨ من المجلة وشرحها، وانظر الدر وتكملة رد المحتار).

ماخرج عن هذه القاعدة

وقد خرج عن هذه القاعدة ست مسائل ذكرها الدر والتكملة ولندكرها هنا ملخصة.

١ - أقرت الحرة المكلفة بدين لغير زوجها فكذبها زوجها صح اقرارها في حقه أيضا عند أبى حنيفة فتحبس وتلازم. وإن تضرر زوجها بحبسها. وعند الصاحبين لاتصدق في حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم لأن في ذلك منع حق الزوج، واقرارها فيما يرجع إلى بطلان حق الزوج لا يصح والظاهر أنه على قولهما يأمر القاضى بالدفع ويبيع عليها مايباع فى الدين. وقال فى الدر: ينبغى أن يعول على قولهما افتاء وقضاء لأن الغالب أن الأب يعلمها الاقرار له أو لبعض أقاربها ليتوصل بذلك إلى منعها بالحبس عنده عن زوجها كما وقفت عليه مراراً حين ابتليت بالقضاء كذا ذكره المصنف أهـ.

واعترض بأن المدعى عام والعلة خاصة لأنه لا يظهر فيما إذا كان الاقرار لأجنبى. وقد نقل فى التكملة أن المعول عليه قول الامام. وأقول أن المصلحة قاضية حتما بأن يؤخذ فى هذه المسألة بقول الصاحبين ولا سيما فى مثل زماننا هذا. والأمر فيه فى غاية الوضوح.

٢ - أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا من ثمن العين المؤجرة فللدائن بيعها وان تضرر المستأجر. وفى هذا نظر ظاهر أيضا.

٣ - أقرت مجهولة النسب بأنها بنت أبى زوجها وصدقها الأب انفسخ النكاح بينهما ومثل الأب الجد.

٤ - ادعى ولد الأمة المبيعة وللمدعى أخ ثبت نسب الولد وتعدى إلى حرمان الأخ من الميراث.

٥ - المكاتب إذا ادعى نسب ولد حرة فى حياة أخيه صحت الدعوة وميراثه لولده دون أخيه.

٦ - باع المبيع ثم أقر أن البيع كان تلجئة وصدقه المشتري فله الرد على بائعه بالعيب أهـ. وانظر الأصل.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

الاقرار حجة قاصرة على المقر وحده ولا يؤخذ به غيره وشرطه ألا يكذب ظاهر الحال المقر في إقراره (١)

- الاقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده فلا يجوز اعمال اثره على من عداهم. (٢)

- إقرار الوارث حجة قاصرة على المقر، ومن ثم فلا يترتب عليه قطع التقادم بالنسبة للورثة الآخرين (٣)

الاقرار الذي يعتبر حجة قاطعة على المقر. ماهيته. الاقرار الصادر منه في مجلس القضاء وفي ذات النزاع الخاص بالواقعة المدعى بها عليه. الاقرار غير القضائي الصادر من المقر في نزاع آخر أو في غير مجلس القضاء. خضوعه لتقدير محكمة الموضوع التي لها مطلق الحق في تقدير قوته في الاثبات باعتباره دليلاً كاملاً أو مبدأً ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة. شرطه. أن يكون تقديرها سائغاً (٤)

(١) (الطعن رقم ٢٢ سنة ٣٥ ق - أحوال شخصية جلسة ١٥/٣/١٩٦٧)

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ص ١٨٥ قاعدة ٢٠٢٣

(٢) طعن ١٢٥ سنة ١٩ ق و ٣٧ سنة ٢٠ ق جلسة ٣/١/١٩٥٣

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ص ٦٣٦ - ٦٤٢ قاعدة ١٧٤٧ - ١٧٦٨.

، الطعن رقم ٤٥٩، ٤٧١ سنة ٢٦ ق جلسة ٢٥/٤/١٩٦٣ مجموعة المكتب الفني السنة ١٤ ص ٥٧٩

(٣) الطعن رقم ٤٥١ سنة ٢٩ ق جلسة ١٩/١١/١٩٦٤ مجموعة المكتب الفني السنة ١٥ ص ١٥٠

(٤) الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٦٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٢/٦/١٩٩٩

، الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ ق أحوال شخصية جلسة ٢٧/٥/١٩٨٦ مجموعة المكتب الفني السنة ٣٧ ص ٥٩٥

الفرع الثانى

كون الاقرار حجة بنفسه

تقدم فى حكم الدعوى أن الاقرار حجة ملزمة بنفسها ولا يحتاج فيه إلى القضاء. وإطلاق اسم القضاء عليه مجاز.. إلخ (فراجعه) غير أن هناك مسألة يتوقف نفاذ الاقرار فيها على قضاء القاضى، وهاك خلاصتها عن الدر والتكملة:

إذا ادعى شخص ديناً على ميت فأقر به أحد الورثة وجحد الباقون فعلى ظاهر الرواية يلزم المقر الدين كله إن وفّت حصته من الميراث به وإلا أخذ كل حصته. لكن اختيار الفقيه أبى الليث أنه لا يلزمه إلا حصته من الدين دفعا للضرر عنه لأنه إنما أقر بما يتعلق بكل التركة. ولو شهد هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت شهادته. وبهذا علم أن الدين لا يحل فى نصيبه بمجرد إقراره بل بقضاء القاضى عليه بإقراره فلتحفظ هذه الزيادة.

قال فى التكملة: وحاصل ما يقال أنه إذا ادعى رجل ديناً على ميت وأقر بعض الورثة به فعلى قول أصحابنا يؤخذ من حصة المقر جميع الدين. قال الفقيه أبو الليث: هو القياس لكن الاختيار عندى أن يؤخذ منه ما يخصه من الدين وهذا القول أبعد عن الضرر، وذكره شمس الأئمة الحلوانى أيضاً. وقال مشايخنا هنا زيادة شىء لم تشترط فى الكتب وهو أن يقضى القاضى عليه بإقراره، إذ بمجرد الاقرار لا يحل الدين فى نصيبه بل يحل بقضاء القاضى، ويظهر ذلك بمسألة ذكرها فى الزيادات وهى أن أحد الورثة إذا أقر بالدين ثم شهد هو ورجل أن الدين كان على الميت فإنها تقبل وتسمع شهادة هذا المقر إذا لم يقض عليه القاضى بإقراره. فلو كان الدين يحل فى نصيبه بمجرد إقراره لزم ألا تقبل فيها لما فيه من الغرم.

قال صاحب الزيادات وينبغى أن تحفظ هذه الزيادة فإن فيها فائدة عظيمة كذا فى العمادية. لكن يشكل على هذا أن إقرار الإنسان حجة فى حق نفسه والقضاء فيه مظهر لامثبت كما ذكروا، وأيضاً فإن المال يلزمه بمجرد الإقرار والقضاء إنما يحتاج إليه فى البيئة إذ لا يتهم المرء فيما أقر به على نفسه، ولهذا لو أقر بمعين لإنسان ثم أقر

به لآخر كان للأول ولا شيء للثاني، على أنه يكون حينئذ بعرضية أن يقضى عليه فلزم رد شهادته كما ترد شهادة أهل قرية وجد فيها قتيل وقد ادعى وليه القتل على بعضهم. فلو جعلوا هذا الفرع مخرجا على قول الفقيه لكان ظاهرا لأنه لم يدفع بهذه الشهادة مغرما عن نفسه.

ومن هذا ما إذا مات شخص عن إبنين وله على آخر مائة أقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شيء للمقر لأن اقراره ينصرف إلى نصيبه وذلك لأن المائة صارت ميراثا بينهما فلما أقر أحدهما باقتضاء أبيه ذلك صح في نصيبه خاصة لا في نصيب أخيه، فبقيت حصة الآخر كما كانت فيجعل كأن المقر استوفى نصيبه. وأما الوارث الآخر فله خمسون من المائة بعد حلفه أنه لا يعلم أن أباه قبض شطر المائة أهـ. (أنظر الدر المختار وتكملته والهداية وتكملة الفتح).

ولكن جمعية المجلة رجحت قول أبي الليث في هذه المسألة فأخذت به في المادة (١٦٤٢) ونص عبارتها فيها « كذلك لو أراد أحد أن يدعى بدين على التركة فله أن يدعى في حضور واحد من الورثة فقط سواء وجد في يد ذلك الوارث من التركة مال أو لم يوجد، فإذا ادعى هكذا في حضور واحد من الورثة دينا وأقر به ذلك الوارث يؤمر باعطاء ما أصاب حصته من ذلك الدين ولا يسرى اقراره إلى سائر الورثة... إلخ.

أقول وعلى هذا إذا أقر أحد الابنين بقبض أبيه خمسين من المائة لزمه خمسة وعشرون فقط باقراره وإن أقر بأن أباه قبض كل المائة سقط كل حصته من الدين. وشيوع الاقرار في كل التركة وعدم اقتصاره على نصيب المقر مذهب ابن أبي ليلى والحسن واسحق وأبي عبيدة وأبي ثور، وبه قال الشافعي في قول وأحمد وهو قياس مذهب مالك (أنظر تكملة الفتح).

الفصل السابع

ما يعرض للاقرار بعد تمامه
فيؤثر فيه البطلان أو لا يؤثر

وتحت ثلاث فروع :

- الفرع الأول: في تكذيب الحاكم إياه.
- الفرع الثاني: في دعوى المقر أنه كاذب في اقراره
- الفرع الثالث: في رجوع المقر عن اقراره.

الفرع الأول

تكذيب الحاكم إياه

محل كون الاقرار حجة إذا لم يكذب بحكم الحاكم فلو كذب لا يبقى له حكم. مثال ذلك أن يشتري زيد من بكر فرساً (مثلاً) فيدعى عمرو تلك الفرس فينكر زيد دعواه ويقر بأن الفرس ملك لبكر وقد باعها إياه فإذا أثبت عمرو دعواه بالبينة وقضى له بالفرس كان لزيد أن يسترد من بكر ثمن الفرس وإن كان قد أقر بأنها ملك له لأن القاضي كذبه في اقراره. والمقر إذا كذب شرعاً بطل اقراره (راجع التناقض) ومن ذلك أن يدعى المشتري أن الثمن ألف ويدعى البائع أنه ألفان ويقسم البينة على ذلك فإن الشفيع يأخذ المبيع بألفين ولا يعامل المشتري باقراره لتكذيب الحاكم إياه (وانظر المادة ١٥٨٧ من المجلة وشرحها).

ومن ذلك تكذيب الشرع للمقر كما لو أقرت بانقضاء عدتها ثم ولدت لأقل من ستة أشهر بعد الاقرار: راجع تفصيل ذلك في ثبوت النسب.

الفرع الثاني

دعوى المقر أنه كاذب فى اقراره

إذا إدعى المقر أنه كاذب فى اقراره فعلى قول أبى يوسف يحلف المقر له على أن المقر صادق فيما أقر به، فإن حلف ثبت الحق فى المقر به وإن نكل فلا شيء له منه. وعلى قول أبى حنيفة ومحمد لا يحلف المقر له بل يؤمر المقر بتسليم ما أقر به إليه. مثال ذلك أنه إذا أعطى شخص سنداً لآخر مكتوباً فيه بخط المقر انى قد استقرضت كذا من الدراهم من فلان ثم قال انى وان كنت أعطيت هذا السند بيدى وكتبته بخطى لم آخذ المبلغ المذكور منه بعد. وقول أبى يوسف استحسان وقولهما قياس وجه القياس أن الاقرار يلزمه شرعاً كالبينة بل أولى لأن احتمال الكذب فيه أبعد فلا يلتفت إلى دعواه الكذب. ووجه الاستحسان أن العادة جرت بين الناس أنهم إذا أرادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الأخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلاً على اعتبار هذه الحالة (١) فيحلف وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر والمدعى لا يضره اليمين إن كان صادقاً فيصير إليها كذا فى الدر. وقال فى البزازية وهو المختار، واختارته جمعية المجلة فى المادة (١٥٨٩) فراجعها وشرحها. وإذا كانت دعوى المقر كذبه فى اقراره بعد وفاة المقر له فاليمين على ورثته بأن لا نعلم أنه كان كاذباً. وإذا كانت دعوى الكذب من ورثة المقر حلف لهم المقر له كما يخلق للمقر. وظاهر هذا أن المقر إذا ادعى الاقرار كاذباً يحلف المقر له أو وارثه على المفتى به مطلقاً سواء أكان مضطراً فى الكذب فى الاقرار أم لا، لكن نقل فى الدر المختار عن شرح الوهبانية للشرنبلالى ما يدل على أنه يفتى بقول أبى يوسف من أنه يحلف المقر له أن المقر ما أقر كاذباً فى كل صورة يوجد فيها اضطراب المقر إلى الكذب فى الاقرار. وقال فى التنوير والدر: أقر رجل بمال فى صك وأشهد عليه ثم ادعى أن بعض هذا المال قرض وبعضه ربا عليه فإن أقام على ذلك بينة

(١) أقول لا يخفى أن الدليل هنا أخص من المدعى فلم يتم التقريب ولكن سيأتى ما يقويه ويوضحه.

تقبل وإن كان متناقضاً، لأننا نعلم أنه مضطر إلى هذا الاقرار أه مثله فى القنية وبه أفتى فى الحامدية والخيرية فيتعين الافتاء به لأنه هو المنقول (انظر رد المحتار) وإذا لم يكن للمقر بينة على دعواه حلف المقر له أو وارثه على قول أبى يوسف المفتى به (انظر الدرر ورد المحتار والتكملة قبيل باب الاستثناء وفى الاقرار والقضاء وانظر المجلة وشرحها) وهذا التفصيل حسن وبه تظهر قوة وجه الاستحسان. ثم إن عادات الناس التى نشاهدها كل يوم وثقة بعضهم ببعض فى تسليم السندات والوصلات قبل قبض المبلغ تؤيد ذلك وتوجب الأخذ به، وتقدير الاضرار يرجع فيه الحاكم إلى عرف الناس وعاداتهم وظروف الحادثة المطلوب منه الفصل فيها.

وبالجملة فالواجب مراعاة عادات الناس وحالات الاضرار وظروف الحادثة فى هذا الموضوع.

لكن جاء فى المادة (١٢٧) من لائحة محاكمنا الشرعية السابقة وهى أيضاً المادة ١٢٧ من اللائحة الشرعية بعد زيادة ضمت إليها وهى «إلا إذا قدم دليلاً كتابياً لا شبهة فيه» ما نصه: إذا ادعى المقر أنه كاذب فى اقراره لا يقبل منه ويعامل باقراره أه. وقال فى المذكرة الايضاحية ما نصه: المادة (١٢٧) وضعت لأن بعض القضاة جرى على أن يقبل من المقر بعد اقراره دعواه الكذب فى اقراره ويسير فيها كبقية الدعاوى فإذا أنكرها المقر له وعجز المقر عن اثباتها يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً ثم يحكم بمقتضى الحلف أو النكول، وذلك بناء على حكم شرعى ينطبق عليه هذا العمل. وهناك قول شرعى آخر فى هذه المسألة وهو عدم قبول هذه الدعوى بالكلية ولا بد من معاملة المقر باقراره. ولما كان الغالب فى هذه الدعاوى الكذب والقصد منها مجرد التحايل رؤى فى التعديل الجديد أن تسير المحاكم على القول الثانى ووضعت المادة المذكورة للعمل بها أه.

أقول إن هذه المادة قد صادفت محلها بالنسبة لما كانت عليه المحاكم الشرعية وقت وضع اللائحة كما صرح به فى المذكرة الايضاحية. فكان جواب الاغراق فى قصد الشر من المفسدين المبالغة فى الضرب على أيديهم قصداً للخير من المصلحين

ويحدث للناس من الأقضية على نحو ما أحدثوا من الفجور. ولو أن المحاكم الشرعية كانت تنظر في المعاملات والديون لوجب اتباع مذهب أبى يوسف فيها مع الاحتياط الذى ذكرناه آنفا من الرجوع إلى عرف الناس وعاداتهم النخ ورفض دعوى المقر الكذب فيما عدا ذلك. ثم وضع الاستثناء الذى زيد فى آخر هذه المادة وروعى فيه مصلحة المقر لاحتمال أنه صادق فى دعواه الكذب فى اقراره لكن شدد عليه فى نوع الدليل الذى يقدمه منعاً للتلاعب الذى كان حاصلًا من قبل من المتخاصمين أمام المحاكم الشرعية فى مسائل الزوجية والطلاق والوقف والوصايا والنسب لأجل الميراث.

ومما يلتحق بهذا اما نقله الحموى فى حاشيته على الأشباه من أنه لو قال هذه رضيعتى ثم اعترف بالخطأ يصدق فى دعواه الخطأ وله أن يتزوجها بعد ذلك وهذا مشروط بما إذا لم يثبت على اقراره بأن قال هو حق أو صدق أو كما قلت أو أشهد عليه بذلك شهوداً أو ما فى معنى ذلك من الثبات اللفظى الدال على الثبات النفسى. والعذر للمقر فى رجوعه عن ذلك أنه مما قد يخفى عليه فقد يطلع بعد اقراره على خطأ الناقل أهـ. وكذلك كل المسائل التى يغتفر فيها التناقض وقد استوفينا الكلام فى ذلك فى باب التناقض من كتاب الدعوى.

الفرع الثالث

رجوع المقر عن اقراره (١)

الرجوع عن الاقرار بما يوجب الحد الذى هو حق خالص لله تعالى يبطل الاقرار لما تقرر أن الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعه عن اقراره يورث الشبهة فيه ويضعف جانب رجحان الصديق فيه (٢). وأما فى حقوق العباد فالرجوع عنها باطل والاقرار صحيح نافذ. فإذا أقر شخص بأن عليه لفلان كذا جنيتها ثم رجع عن اقراره فلا يفيد رجوعه شيئاً لأنه أقام الحجة على نفسه بنفسه بأن ما أقر به ملك وحق للمقر له وقد تأيد هذا بعدم الرد من المقر له وسيأتى ما يوضحه فى الاستثناء بالمشيئة.

والفرق بين التكذيب والرجوع أن التكذيب إخبار عن بطلان الأقرار من الأصل وأنه غير مطابق للواقع فهو بمثابة فسخ العقد من أصله وأما الرجوع فهو رفع للاقرار بعد تحقق وجوده ونسخ له بعد تقرر كلاً أو بعضاً فهو بمثابة رفع العقد بعد دخوله فى حيز الوجود. ونظيرهما فى ذلك شطب الدعوى وجعلها كأن لم تكن على اصطلاح لائحة المحاكم الشرعية وقوانين المرافعات .

ومن أمثلة الرجوع عن الاقرار ما لو قال رجل غصبنا ألفاً من فلان، ثم قال كنا عشرة أنفس وادعى المغمصوب منه أنه وحده غصبها لزمه الألف كلها لأن «نا» يستعمل للواحد كما يستعمل للجمع، والظاهر أنه يخبر بفعله دون فعل غيره فيكون قوله كنا عشرة رجوعاً فلا يصح وهذا هو قول أصحابنا. وقال زفر، إنما يلزمه عشرها فقط لأنه أضاف الاقرار إلى نفسه وإلى غيره فيلزم بحصته. قال فى الكافى وعلى هذا الخلاف لو قال أقرضنا أو أودعنا أو له علينا أو أعارنا وعلى هذا لو قال كنا ثلاثة أو أربعة يلزمه الثلث أو الربع أه أقول دليل الظاهر يسند زفر لأن «نا» موضوعة لما

(١) مادة ٢٥ مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية «لا يصح الرجوع عن الاقرار».

(٢) انظر حادثة السلطان الغورى مع قضاة مصر وعلمائها فى كتاب نظام القضاء فى مصر تأليف إبراهيم جلال

بك ص ٢٥ - ٢٦ فى هذا الموضوع.

فوق الواحد فلا تحمل على الواحد إلا بقريئة وهذا الظاهر لا يكفى إلا إذا غلب على عرف بلدة - كالإسكندرية - استعمال «نا» فى موضع ضمير المفرد وكان ظاهر حال المقر التزامها فى كلامه كما يظهر من مناقشته، على أنه يكون فى هذه الحالة فى قوة المشترك فليُنظر - أما لو قال غصيناه كلنا ثم قال كنا عشرة فلا يلزمه إلا العشر اتفاقاً لأن كلمة «كلنا» لا تستعمل فى الواحد (انظر الدر والتكملة).

ومن ذلك ما لو قال رجل أوصى أبى بثلاث ماله لزيد بل لعمر وبلى لبكر، فالثالث للأول وليس لغيره شىء لأن نفاذ الوصية فى الثالث وقد أقر به للأول فلا يصح رجوعه بعد ذلك للثانى. وقال زفر لكل ثلثه وليس للابن المقر شىء لأن اقراره للأول صحيح ولم يصح رجوعه بقوله «بل» وصح اقراره للثانى والثالث فاستحقاه وقاسه على مسألة الدين إذا أقر به كما سيأتى .،

ولو قال هذا الألف وديعة فلان عندي، لا بل وديعة فلان فالألف للأول وعلى المقر ألف مثله للثانى لأن الاقرار صح للأول، وقوله لا بل وديعة فلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله فى حق الأول ويجب عليه ضمان مثلها للثانى لأنه أقر له بها وقد أتلّفها عليه باقراره بها للأول فيضمن له. وأما لو قال هى لفلان لا بل لفلان بلا ذكر ايداع فلا يجب عليه للثانى شىء لأنه لم يقر بايداعه. وهذا كله إن كانت الألف معينة كما يؤخذ من المثال، فإن كانت غير معينة كأن يقول لفلان على ألف لا بل لفلان لزمه ألف لكل منهما لأنه أقر بشىء تقبله الذمة، والذمة تقبل حقوقاً شتى، وبهذا يظهر الفرق بين الاقرار بالوصية بالثلث والاقرار بالدين اذ الانسان لا يملك الإيصاء بأكثر من الثلث على ما يبين فى موضعه.

وضابط هذه المسائل أن «لا بل» أو «بل» وحدها إذا تخللت بين المالين فيما أن يكونا من جنس واحد أو من جنسين، وإما أن يكون المقر له واحداً أو أكثر من واحد. (أ) فإن كان المقر له واحداً والمالان من جنس واحد لزم المقر أفضل المالين سواء كان ما بعد بل هو الأفضل أو ما قبلها، وسواء كان الفضل فى الذات أو فى الصفة. قال فى المبسوط إذا أقر لفلان بألف درهم ثم قال بل بخمسمائة فعليه ألف.

وكذا لو قال خمسمائة بل ألف. ولو قال عشرة دراهم بيض لا بل سود، أو قال سود لا بل بيض، أو قال جيد لا بل رديء، أو رديء لا بل جيد فعليه أفضلهما.

(ب) وإن كان المقر له واحداً والمالان ليسا من جنس واحد فعليه المالان جميعاً لأن الغلط لا يقع في الجنس المختلف عادة فرجوعه عن الأول باطل والتزامه الثاني صحيح، فلو قال له على درهم بل دينار لزمه درهم ودينار، ولو قال له على كر حنطة لا بل كر شعير لزمه الكران جميعاً.

(ج،د) وإن كان المقر له أكثر من واحد لزمه كل ما أقرب به سواء اتحد الجنس أم اختلف، أما مثال إتحاد الجنس فقد تقدم وأما مثال اختلافه فكأن يقول غصبت فلاناً مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلاناً، لزمه لكل واحد منهما كل ما أقرب به. وإن كانت معينة فهي للأول وعليه للثاني مثلها وقد ذكرنا وجهه فيما سبق.

والحاصل أنه في ثلاث صور يلزمه كل ما أقرب به وفي صورة واحدة يلزمه أفضل المالين وهي ما إذا كان المقر له واحداً واتحد الجنس، غير أنه إذا كان المال المقر به معيناً فهو للأول وضمن مثله للثاني وإن كان غير معين فهو مقرر في ذمته لكل واحد من المقر لهم على الكمال (انظر الدر والتكملة قبيل اقرار المريض. وانظر المادة ١٥٨٨ من المجلة وشرحها).

تنبيه: أقر بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل إلا إذا أقر بالطلاق بناء على إفتاء المفتي ثم تبين عدم الوقوع لم يقع ديانة أهـ. من الدر المختار وانظر التكملة.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثامن

ما يلحق الاقرار من البيان

مقدمة

البيان هو إظهار المتكلم مراده من كلامه للسامع وتحت خمسة أقسام: بيان التقرير، وبيان التفسير، وبيان التغيير، وبيان الضرورة، وبيان التبديل (١).

وشرح هذه الأنواع الخمسة وبيان ما يتعلق بها من الأحكام مذكورة على التفصيل في كتب الأصول.

والذى يتصل بموضوعنا هنا هو بيان التغيير وهو يتناول أشياء كثيرة: منها الاستثناء وهو الذى يهمنا الكلام فيه هنا.

(١) بيان التقرير هو تأكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز. مثل قوله تعالى (ولا طائر يطير بجناحيه) فإن الطائر يحتمل أن يستعمل فى غير حقيقته، فيقال للبريد طائر، ويقال المرء يطير بهمة - أو يقطع احتمال الخصوص كقوله تعالى (فسجد الملائكة كلهم أجمعون) فإن الجمع شامل لجميع الملائكة على احتمال البعض بقوله كلهم قرر معنى العموم.

(بيان التفسير) هو بيان ما فيه خفاء فيرفع ذلك الخفاء كبيان المجهول والمشارك. فالأول كقوله تعالى (أقيموا الصلاة) فإنه مجمل بيته السنة وكقول الرجل لامرأته أنت بائن، فإن لفظ بائن مشترك بين البينونة من النكاح وغيره وتعينه النية أو قرينة الحال من مذاكرة طلاق أو حالة غضب على ما بين فى محله.

(وبيان الضرورة) وهو اظهار المراد بالسكوت، ومن متناولاته أن يذكر فى نص حكم يلزم عن ذكره حكم مسكوت عنه. كقوله تعالى فى بيان ميراث الأبوين (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد، فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) فإن هذا السياق يدل على انحصار ارثه فى الأبوين واختصاص الأم الثلث، ولازمه المسكوت عنه هو - ولأبيه الثلثان - وليس مجرد السكوت هو الذى دل على ذلك بل هو ناشئ عن انحصار الميراث فى الأبوين وبيان نصيب أحدهما، فيلزم منه بالضرورة أن الباقي هو نصيب الآخر.

(بيان التبديل) المراد بالتبديل النسخ وهو بيان لمدة الحكم المطلق أى بيان انتهاء الحكم الشرعى.

(بيان التغيير) وهو ما يغير فيه آخر الكلام أوله كاستثناء والشرط والصفة والغاية، ويشترط فيه أن يكون موصولا إلا لعذر.

(وانظر مذكرتنا فى علم أصول الفقه).

الفرع الأول

الاستثناء

الاستثناء عند أصحابنا (١) رضى الله عنهم تكلم بالباقي بعد الثنيا أى بعد المستثنى.

ففى قوله له على عشرة إلا ثلاثة: صدر الكلام عشرة والثنيا ثلاثة والباقي من صدر الكلام سبعة فكأنه تكلم بالسبعة وقال له على سبعة، وهذا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ، وأما باعتبار الأجزاء اللفظية فصدر الجملة الاستثنائية اما اثبات وعجزها نفى، واما نفى وعجزها اثبات، فالملتكلم عبارتان: مطولة وهى له على عشرة إلا ثلاثة ومختصرة وهى له على سبعة. وعند الشافعى رضى الله عنه هو اخراج بطريق المعارضة.

فإذا قال له على ألف إلا مائة كان صدر الكلام موجباً للألف كله عليه بجميع أجزائه ومن جملته المائة، وآخره وهو الاستثناء ينفى المائة فتعارضاً فتساقطاً بقدر المستثنى واستشكل الزيلى مذهب الشافعى بوقوعه فى الطلاق والعتاق، فلو كان اخراجاً بطريق المعارضة لما صح لأن الطلاق والعتاق لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع أهـ (ولتراجع هذه المسألة فى الأصول لأن موضع البحث فيها هناك).

وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قال لفلان على ألف درهم إلا مائة أو خمسين، فعندنا يلزمه تسعمائة لأنه لما كان تكلماً بالباقي وكان مانعاً من الدخول شككنا فى المتكلم به والأصل براءة الذمم فلا يلزمه الزائد بالشك فصار نظير ما لو قال على تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فإنه يلزمه الأقل، وعنده لما دخل الألف كله صار الشك فى المخرج فيخرج الأقل وهو الخمسون والباقي على حاله وهذا الفرق إنما يتمشى على رواية أبى حفص وصححها قاضى خان وقال انها هي الموافقة لقواعد المذهب، وأما على رواية أبى سليمان فالمستثنى خمسون كمذهب

(١) المذهب الحنفى.

الشافعى وعليها فلا فرق، وقد صححها فى الدر وبها أخذ العامة فكلتا الروايتين مصححة (أنظر تكملة رد المحتار).

ويصح تكرار الاستثناء كقوله على عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهماً، وطريقة معرفة الباقي الأخير الحاصل من مجموع التركيب أن تخرج الأخير وهو الدرهم مما يليه فيبقى درهماً. ثم تخرجهما مما قبلهما وهو الخمسة فيبقى ثلاثة فأخرجهما من السبعة فيبقى أربعة فأخرجها من العشرة فيبقى ستة أهـ. أقول وإن شئت طرحت مجموع الأعداد التى مراتبها زوجية من مجموع الأعداد التى مراتبها فردية فباقي الطرح هو المستثنى الأخير هكذا $(10 + 5 + 1) - (7 + 3) = 16 - 10 = 6$.

وشرط صحة الاستثناء الاتصال بالمستثنى منه (٢) (كما هو الشأن فى بيان التغيير) إلا لضرورة كنفس وسعال والنداء بينهما لا يضر لأنه للتنبيه والتأكيد، كقوله: لك على ألف يا فلان إلا عشرة، بخلاف لك على ألف فاشهدوا إلا كذا، ونحوه مما يعد فاصلاً، لأن الأشهاد يكون بعد تمام الإقرار فلم يصح الاستثناء (أنظر الهداية والتكملتين).

ويصح أن يكون المقدار الباقي بعد الإخراج أقل من المقدار المخرج أو مساوياً له أو أكثر منه ويلزمه الباقي على كل حال ولو مما لا يقسم كقولك هذا الفرس لفلان إلا ثلثه أو إلا ثلثيه (مثلاً)، قال فى الهداية وتكملة الفتح ما ملخصه: ومن استثنى متصلاً بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي وسواء استثنى الأقل أو الأكثر كما فى قوله له على ألف إلا أربعمئة أو إلا خمسمئة أو إلا ستمئة.

وقال الفراء استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم به، وعن أحمد وأبى يوسف مثله وهو قول مالك كما فى الكافى.

قلنا ان طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق فى

(٢) ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التأخير والله أعلم.

(أنظر تكملة رد المحتار فى أول الاستثناء).

ذلك بين استثناء الأقل والأكثر. وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته إذا كان موافقا لطريقتهم، الا يرى أن استثناء الكسر لم تتكلم به العرب وكان صحيحا.

ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: واما استثناء الكثير من القليل بأن قال لفلان على عشرة دراهم إلا تسعة (٣) فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم لأن المنقول عن أئمة اللغة أن استثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل إلا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة، لأنهم إنما وضعوا الاستثناء لحاجتهم إلى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة إلى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح أمه.

ثم لجواز استثناء الأكثر دليل آخر قوى ذكره ابن الحاجب في مختصره في أصول الفقه وهو قوله تعالى: «إن عبادى ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين» فإن الغاوين أكثر من غيرهم بدليل قوله تعالى: «وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين» أمه.

أقول ما قاله صاحب البدائع كلام حسن معتدل وإنما يقبح استثناء الكثير من القليل إذا كان من لفظه كقوله له على ألف إلا تسعمائة وما أشبه ذلك. أما إذا لم يكن من لفظه وكان لا يدرك إلا بوسائط أخرى فهو غير قبيح ولا يخفى أن الآية الكريمة بريئة من تلك الملاحظة ولله المثل الأعلى.

وإذا أقر بشيء ثم استثنى جميع ما أقر به فإما أن يستثنيه بنفس اللفظ الأول أو بما يساويه، واما أن يستثنيه بلفظ آخر أخص من لفظ المستثنى منه في المفهوم لكنه

(٣) في نسخة البدائع المطبوعة بمصر ذكر هذا المثال خطأ هكذا (فلان على تسعة دراهم إلا عشرة) ولا يخفى أن هذا خطأ وسابق الكلام ولاحقه وبداهة العقول شهود على ذلك، ولكن بعض ذوى الجرأة على التأليف نقل عبارة البدائع في كتابه كما هي وأعتقد صحتها وذهل عن قول البدائع بعد ذلك ويلزمه درهم وهذا من عمى البصائر وقانا الله شر ذلك. أنظر البدائع صفحة ٢٠٩ جزء سابع طبع مصر سنة ١٢٢٨ هجرية. وقد كثرت مؤلفات أمثال هذا المؤلف في عصرنا هذا ولكن عيوبها اختفت وراء ستر الجهل العام.

يتناول جميع الأفراد التي يتناولها المستثنى منه في الواقع بطريق الاتفاق والمصادفة لا بطريق الوضع والمساواة في المعنى، مثال الأول أن يقول نسائي طوالق إلا نسائي أو زوجاتي، وأوصيت لفلان بألف درهم إلا ألف درهم، ومثال الثاني أن يقول نسائي طوالق إلا زينب وهند وليلى وليس له في الواقع زوجات غيرهن، وأوصيت لفلان بثلاث مالى إلا ألف درهم، والثالث في الواقع ألف. فعلى الأول الاستثناء باطل فتطلق كل نسائه ولا تبطل الوصية بالألف بل تصح وذلك لأن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ولا باقى بعد اخراج الكل فيكون رجوعا لاستثناء حقيقيا، والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد باطل ولو كان موصولا كما تقدم لأنه إنما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لأول كلامه والإبطال ليس من البيان في شيء كذا في المبسوط وغيره.

وقال في غاية البيان: وكذلك إذا استثنى أكثر من الألف لأنه لما لم يجز استثناء الألف من الألف فلأن لا يجوز استثناء الألف وزيادة أولى أهـ. وصحح في الجوهر أن استثناء الكل من الكل استثناء فاسد وليس برجوع حيث قال ما نصه: واختلفوا في استثناء الكل فقال بعضهم هو رجوع لأنه يبطل كل الكلام، وقال بعضهم هو استثناء فاسد وليس برجوع وهو الصحيح لأنهم قالوا في الموصى إذا استثنى جميع الموصى به بطل الاستثناء والوصية صحيحة، ولو كان رجوعا لبطلت الوصية فإن الرجوع فيها جائز أهـ. وعلى الثاني يصح الاستثناء لأنه يكفى إيهام البقاء بحسب صورة اللفظ لأن الاستثناء تصرف لفظي فلا يضر اهمال المعنى. (يوضحه) أنه قال أنت طالق ست طلقات إلا أربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث، ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا إلا أربعا إذ لو كان كذلك لفسد الاستثناء ووقع عليها ثلاث تطليقات كما لا يخفى لكن الحكم ليس كذلك كما تقدم آنفا أهـ. ملخصا من الهداية والدر والتكملتين.

وان أقر بشيئين واستثنى أحدهما أو أحدهما وبعض الآخر بطل استثنائهما، كقوله

على أردب حنطة وأردب شعير إلا أردب حنطة، أو إلا أردب حنطة وكيلة شعير، وذلك لأن استثناء أردب الحنطة باطل اجماعا كما تقدم فيكون لغوا وقد صار قاطعا للكلام الأول فصار استثناء كيلة شعير منفصلا لا متصلا، وفي هذا اختلاف الصاحبين. ولو قدم كيلة الشعير على أردب الحنطة صح استثناءه اتفاقا لعدم الفاصل. وإذا استثنى عديدين بينهما حرف الشك كقولك له على ألف درهم إلا مائة درهم أو خمسين لزمه تسعمائة وخمسون أو تسعمائة على اختلاف الروايتين كما تقدم.

وإذا كان المستثنى مجهولا ثبت الأكثر نحوه على مائة درهم إلا شيئا أو إلا قليلا أو إلا بعضا، لزمه واحد وخمسون لوقوع الشك في المخرج فيحكم بخروج الأقل لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفا فأوجبنا النصف وزيادة درهم لأن أدنى ما تتحقق به القلة النقص عن النصف بدرهم (أنظر التنوير والدر والتكملة).

استثناء ما يدخل تبعا واستثناء الوصف:

قال في الهداية وتكملة الفتح ما خلاصته: من أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه بأن قال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لى، كان للمقر له الدار والبناء لأن البناء داخل في هذا الاقرار تبعا لأنه وصف في الدار إذ يقال دار مبنية والوصف يدخل تبعا لا قصدا، ولهذا لو استحق البناء قبل القبض في بيع الدار لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري، والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار من حيث دخوله في الاقرار تبعا (أنظر تكملة الفتح). وهذا بخلاف ما إذا قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها أو إلا البيت الفلاني منها (٤) فإن الاستثناء صحيح ويكون للمقر له من الدار ما عدا الثلث وما عدا البيت لأن المستثنى داخل في المستثنى

(٤) قال قاضى زاده كون البيت داخلا فى الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بأن الدار اسم للعرصة كما ذكروه فى كتاب الإيمان واستدلوا به على أن من حلف لا يدخل الدار فدخلها بعد ما تهدمت وصارت صحراء حنت، إذ على تقدير أن يكون البيت داخلا فى الدار لفظا ومقصودا يكون جزء من مدلول لفظ فلا تكون الدار =

منه قصدا لا تبعا إذ هو بعضه حتى لو استحق ثلث الدار أو بيت منها فى بيع الدار سقطت حصته من الثمن وكان المشتري مخيرا سواء أكان قبل القبض أم بعده (أنظر أحكام البيع).

ولو قال بناء هذه الدار لى وعرضتها لفلان كان البناء للمقر والعرضة للمقر له كما قال لأن العرضة عبارة البقعة دون البناء فكأنه قال بياض هذه الأرض دون البناء لفلان. بخلاف ما إذا قال بناؤها لى وأرضها لفلان حيث يكون البناء للمقر له أيضا لأن الاقرار بالأرض اقرار بالبناء بناء على أن الأرض أصل والبناء تبع. والاقرار بالأصل اقرار بالتبع فصار الاقرار بالأرض كالاقرار بالدار. هكذا قالوا فتأمل ولا شك أنه ينبغى أن يرجع فى ذلك إلى العرف.

وقد نقل قاضى زاده ضابطا فى الذخيرة لهذه المسألة فلنذكره هنا اتماما للفائدة قال ما نصه: اعلم أن هذا الجنس خمس مسائل وتخريجها على أصليين: أحدهما أن الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس. الثانى أن اقرار الإنسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره. إذا عرفت هذا فنقول:

(١) إذا قال بناء هذه الدار لى وأرضها لفلان كانت الأرض والبناء لفلان لأنه

= حيثلذ اسم للعرضة فقط بل لجموع العرضة والبيوت فإذا تهدمت وصارت صحراء لزم أن تنعدم بانعدام بعض أجزائها فلم يظهر وجه الحنث فى المسألة المذكورة. ثم قال البيت ليس من جنس العرضة إذ البيت اسم لبناء مسقف له حوائط أربعة أو ثلاثة. الخ. وثامه فيه وقال قبيل ذلك ان ما ذكره من أن الدار اسم للعرضة وحدها مخالف لما ذكر فى كتاب اللغة فإنه قال فى المغرب: الدار اسم جامع للبناء والعرضة. وقال فى القاموس: الدار المحل الذى يجمع البناء والعرضة. ولا يخفى أن الظاهر المتبادر من ذلك أن تكون الدار اسما لجموع البناء والعرضة لا اسما للعرضة وحدها فتأمل أهـ.

وأقول ان البيت عندنا الآن يطلق على مجموع الأرض والبناء صغيرا كان أو كبيرا فالصواب أن يرجع فى الايمان والاقرار وغيرهما من التصرفات إلى العرف فى كل زمان ومكان ولا يتقيد بعرف خاص - كما قيل - والعرف فى الشرع له اعتبار، لذا عليه الحكم قد يدار. وانظر رسم المفتى.

بقوله البناء لي ادعى البناء ويقول له الأرض فلان أقر فلان بالبناء تبعاً للاقرار بالأرض، والاقرار بعد الدعوى صحيح.

(٢) وإذا قال أرضها لي وبنائها فلان فهو على ما أقر لأنه بقوله أرضها لي ادعى البناء لنفسه تبعاً، ويقول له البناء فلان أقر بالبناء فلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه.

(٣) وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبنائها لي فالأرض والبناء للمقر له لأنه بقوله أرضها فلان أقر لفلان بالبناء تبعاً ويقول له وبنائها لي ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح.

(٤) وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبنائها فلان آخر فالأرض والبناء للمقر له الأول لأنه بقوله أرض هذه الدار لفلان صار مقراً لفلان بالبناء تبعاً للأرض ويقول له وبنائها فلان آخر كان مقراً على الأول والاقرار على الغير لا يصح.

(٥) وإذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها فلان آخر فهو كما قال لأنه بقوله أولاً بناء هذه الدار لفلان صار مقراً لفلان بالبناء تبعاً للأرض ويقول له أولاً بناء هذه الدار لفلان صار مقراً بالبناء له ويقول له وأرضها فلان آخر صار مقراً على الأول بالبناء للثاني والاقرار على الغير باطل أهـ. وانظر ما تقدم وما سيأتي في تجزؤ الاقرار.

الاستثناء بالمشيئة:

من أقر بشيء وقال إن شاء الله تعالى متصلاً بالاقرار لم يلزمه الاقرار لأن الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب أبي يوسف أو تعليق كما هو مذهب محمد (٥) وقيل الاختلاف على العكس وكيفما كان لم يلزمه الاقرار في

(٥) وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قدم المشيئة بأن قال مثلاً: «إن شاء الله أنت طالق» فعند من قال انه ابطال لا يقع الطلاق وعند من قال أنه تعليق يقع لأنه إذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فبقي أهـ.

الاستحسان (٦) فإن كان الأول وهو الابطال فقد بطل الاقرار وإن كان الثاني وهو التعليق فكذلك اما لأن الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه اخبار عما سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة للمستقبل وبينهما منافاة ولأنه اخبار متردد بين الصدق والكذب فإن كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وإن كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط. واما لأنه شرط لا يطلع عليه فإن وقوع مشيئة الله مما لا يكاد يطلع عليه أحد والتعليق بما لا يطلع عليه غير صحيح لأنه يكون اعداما من الأصل.

وكذا لو قال: لفلان على ألف إن شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا اقرار باطل لأنه علقه بشيء في وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لأنه متردد بين الصدق والكذب كما تقدم. أو لأن التعليق بما فيه خطر يمين والاقرار لا يحلف به فلا يليق التعليق به أصلا إنما التعليق فيما هو إيجاب ليتبين به أنه ليس بإيقاع مالم يوجد الشرط.

وكذلك كل اقرار علق بالشرط أو الخضر نحو قوله ان دخلت الدار أو ان أمطرت

(٦) نقل قاضى زاده عن المبسوط أنه لو قال غضبتك هذا العبد أمس إن شاء الله لم يلزمه شيء استحسانا وفي القياس استثناءه باطل. لأن ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك إنما يصح في الانشاءات دون الاخبارات ولكن استحسن لأن الاستثناء مخرج للكلام عن أن يكون عزيمة لا أن يكون في معنى الشرط فإن الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال: «ستجدنى إن شاء الله صابرا» ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم فدل على أن الاستثناء مخرج للكلام عن أن يكون عزيمة. وقال صلى الله عليه وسلم: من استثنى فله ثياه. والاقرار لا يكون ملزما إلا بكلام هو عزيمة: لكن إنما يعمل الاستثناء إذا كان موصولا بالكلام لا إذا كان مفصولا عنه فإن المفصول لمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك في اقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول. وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فإنه لا يصح وان كان موصولا لأن رجوعه نفى لما أثبتته فكان تناقضا، والتناقض لا يصح موصولا كان أو مفصولا. أما هذا فبيان تغيير، وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق والشرط أهـ ما فى المبسوط (تكملة الفتح).

السماء أو ان هبت الريح أو ان قضى الله تعالى أو ان أرادته أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو ان بشرت بولد أو ان أصبت مالا أو ان كان كذلك أو ان كان حقا فهذا كله مبطل للإقرار إذا وصله بالكلام للمعنى الذى ذكرنا، كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط، وغاية البيان نقلا عن المبسوط، وغاية البيان نقلا عن الكافى للحاكم الشهيد (تكملة الفتح) وأنظر ما تقدم فى ركن الإقرار فى التعليق.

وهذا بخلاف ما إذا قال لفلان على مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه فى معنى بيان المدة، ومجىء رأس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف فيكون ذكر هذه الأشياء تأجيلا إلى الأوقات المذكورة لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له فى الأجل يكون المال حالا إذا أثبتته المقر بالبينة أهـ. (هداية وتكملة) وانظر المادة (١٥٨٤) من المجلة وشرحها.

ولو ادعى المقر أنه قال إن شاء الله موصولا بإقراره وأنكره المقر له ففى ظاهر المروى عن صاحب المذهب يقبل قوله. وقيل لا يقبل إلا ببينة لغلبة الفساد. وقيل ان عرف بالصلاح فالقول له. وقال الرملى فى حواشيه أقول: الفقه يقتضى أنه إذا ثبت إقراره بالبينة لا يصدق إلا ببينة، أما إذا قال ابتداء: أقررت له بكذا مستثنيا فى إقرارى فإنه يقبل قوله بلا بينة كأنه قال له عندى كذا إن شاء الله تعالى بخلاف الأول لأنه يريد إبطاله بعد تقررره. تأمل أهـ (تكملة رد المحتار).

الفرع الثانى

ما فى معنى الاستثناء من حيث كونه بياناً مغيراً

قال له على ألف من ثمن متاع أو قال اقضنى ألف درهم وادعى أنها زيوف وقال المقر له انها جياذ فعلى قول أبى حنيفة يلزمه الجياذ وصل أو فصل. وقال صاحبان ان قال موصولاً يصدق وان قال مفصولاً لا يصدق لأن ما قاله آخر من أنها زيوف بيان مغير لما قاله أولاً فيصح موصولاً كالشرط والاستثناء «كما تقدم مراراً» وذلك لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته فإنها من جنس الدراهم حتى يحصل بها الاستيفاء فى الصرف والسلم ولا يصير استبدالاً. ولأبى حنيفة أن قوله انها زيوف رجوع عما أقر به أولاً، لأن مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب، والزيافه عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجب العقد. وصار كما إذا قال بعته معيباً وقال المشتري بعته سليماً فالقول للمشتري ما بينا من أن مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب.

ولو قال اغتصبت منه ألفاً أو قال أودعنى ألفاً وادعى أنها زيوف صدق وصل أو فصل لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له فى الجياذ ولا تعامل، فيكون بيان النوع فيصح وأن فصل ولهذا لو جاء راداً المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله.

ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالإجماع لأن اسم الدراهم يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها إلى الجياذ كما فى الصورة الأولى. وقيل لا يصدق لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعيينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم إذ لا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن فصار هذا والصورة الأولى سواء.

وان قال فى كل ماتقدم من البيع والقرض والغصب والإيداع له على ألف إلا أنه ينقص مائة «مثلاً» صدق ان وصل لأن هذا استثناء لبعض ما أقر به فصح

موصولاً لا مفصلاً إلا لضرورة ويصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى كما تقدم.
وهذا بخلاف الزيادة فأنها وصف فلا يتناولها الاستثناء لأنه تصرف لفظي فيصح
فيما يتناوله اللفظ دون غيره.

ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلك فقال لا بل أخذتها غصباً
فهو ضامن وأن قال أعطيتها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن. والفرق أنه في
الصورة الأولى أقر بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه من الضمان وهو
الأذن بالأخذ بقوله وديعة والمقر له ينكر الأذن فيكون القول له مع يمينه. وفي الصورة
الثانية أضاف الفعل إلى المقر له فلم يكن مقراً بسبب الضمان وذلك الغير يدعى عليه
سبب الضمان وهو الغصب والمقر ينكره والقول للمنكر مع يمينه.

ولو قال على ألف درهم من ثمن متاع اشتريته منه ولم أقبضه فيما أن يكون المتاع
معيناً وإما أن يكون غير معين، فعلى قول أبي حنيفة يلزمه الألف ولا يصدق في قوله
لم أقبضه وصل أو فصل لأنه رجوع فأنه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة «على»
وإنكاره القبض في غير المعين يناقض الوجوب أصلاً. وإذا كان رجوعاً فلا يصح وأن
كان موصولاً وقال أبو يوسف ومحمد والأئمة الثلاثة: المقر له إما أن يصدق المقر في
الجهة وهى أن يكون ذلك الألف من ثمن متاع، وأما أن يكذبه فيها فإن صدقه في
الجهة ولكنه كذبه في إنكاره قبض المبيع فالقول قول المقر سواء وصل أو فصل. وأن
كذبه المقر له في الجهة فإن كان المقر وصل قوله «لم أقبضه» بأول كلامه فالقول قوله
وإلا فلا يصدق. ووجه ما قاله الصاحبان أن المقر أقر بوجوب المال عليه وبين سبباً له
وهو البيع فإن وافقه المقر له في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره
فالقول للمنكر. وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بياناً مغيراً لأن صدر كلامه
وهو قوله له على ألف درهم للوجوب مطلقاً رجوعاً إلى كلمة «على» كما تقدم،
وآخره يحتمل انتماء على اعتبار عدم القبض فصار مغيراً لمقتضى أول كلامه والمغير
يصح موصولاً لا مفصلاً.

وان كان المتاع معيناً فذلك على أربعة أوجه: الأول أن يقول ثمن متاع اشتريته

منه وما قبضته، فيقال للمقر له ان شئت سلم المتاع وخذ الألف وإلا فلا شيء لك، فإن سلمه للمقر لزمه الألف وإلا فلا يلزمه شيء، وذلك لأنه أقر بالألف على صفة فإذا لا توجد لها يلزمه شيء. والثاني أن يقول المقر له المتاع متاعك ما بعته وإنما بعته متاعاً آخر وسلمته إليك. والحكم فيه لزوم ألف على المقر لإقراره به عند سلامة المتاع له وقد سلم وإن كانا قد اختلفا في سبب الاستحقاق، لأنه لا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود كما تقدم موضحاً. فصار كما إذا أقر له بغصب ألف درهم فقال المقر له هي قرض فإنه يؤمر بالدفع إليه لاتفاقهما على الاستحقاق. الثالث أن يقول المتاع متاعى ما بعته، وحكمه أنه لا يلزم المقر شيء لأنه أقر له على صفة وهي سلامة المتاع له فلا يلزمه شيء بدونها.

الرابع أن يقول المقر له لم أبعك هذا المتاع وإنما بعته متاعاً آخر. وحكمه أن يتحالفاً لأن المقر يدعى وجوب تسليم المتاع الذى عينه هو، والمدعى عليه وهو المقر له ينكر ذلك والمقر له يدعى على المقر لزوم الألف ببيع غير المتاع الذى عينه المقر والمقر ينكر ذلك فصار كل واحد منهما مدعياً ومنكراً، وحكم ذلك التحالف كما هو مبين فى محله، وإذا تحالفا بطل المال فلا يجب على المقر ما أقر به والمتاع سالم لمن هو بيده.

ولو قال ابتعت منه ببيعاً إلا أنى لم أقبضه فالقول قوله بالاجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن «أنظر تكملة الفتح».

وان قال لفلان على ألف من ثمن خمر أو خنزير فإن صدقه المقر له فى ذلك فلا يلزم المقر شيء بالاتفاق، لأن الثابت يتصادقهما كالثابت معاينة وإذا عاينا ذلك فلا يلزم المقر شيء كما لا يخفى وإذا كذبه المقر له لزم المقر الألف ولم يقبل تفسيره عند أبى حنيفة وصل أو فصل لأنه رجوع إذ ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً وأول كلامه للوجوب. وقال الصحابان: إذا وصل لا يلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد بأول كلامه الإيجاب لأنه يحتمل أنه بنى إقراره على عادة الفسقة فأن الخمر مال يجرى فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فكان آخر كلامه

بياناً مغيراً فيصح موصولاً. قال قاضى زاده: أقول هذا لا يتمشى فيما إذا قال من ثمن خنزير لأنه لا يحتمل فى هذه الصورة أن يبنى اقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما فى صورة الخمر إذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا أداء ثمنه أصلاً فضلاً عن اعتيادهم ذلك. وأما عادة غير المسلمين فلا يصح لأن تجعل مبنى الكلام لأن الكلام فى المسلم كما لا يخفى والدليل الذى ذكره المصنف هاهنا من قبلهما مسوق للصورتين معا فلا يتم التقريب أهـ.

أقول: رحم الله قاضى زاده فان التقريب قد بلغ تمامه فى عصرنا هذا إذ رأينا بأعيننا من المسلمين من يقتنى الخنازير ويربيها ويتجر بها ويعتبرها مصدر ربح له، ورأينا بأعيننا من يأكل لحم الخنزير من المسلمين ومن يحبذ ذلك منهم وما شهدنا إلا بما علمنا والله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم.

ولو قال: له على ألف درهم حرام أو ربا فعلى قول أبى حنيفة هى لازمة مطلقا وصل أو فصل لاحتمال حله فى بعض المذاهب، كما وإذا باع ما اشتراه قبل قبضه من بائعة بثمان أقل مما اشترى به فالزيادة هذه عند أصحابنا حرام أو ربا وعند الشافعى يجوز هذا البيع «راجع كتاب البيع» وعلى قول الصحابيين ان وصل صدق وإن فصل لا يصدق لكونه بياناً مغيراً كما تقدم.

الفصل التاسع

الإقرار بالكتابة

قدمنا فى حجية الخط ما فيه الكفاية ولكننا سنذكر هنا بإيجاز ما يناسب المقام فنقول: الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان متى كانت الكتابة خالية من مظنة التزوير سواء أكانت بخط المقر أم بخط غيره وعليها ختمه أو امضاءؤه .

إذ الأمر بكتابة الإقرار اقرار حكماً فلو قال لكاتب الصكوك أكتب خطأ باقراى بألف على لفلان أو أكتب بيع دارى أو طلاق زوجتى كان ذلك كله اقراراً كتب أو لم يكتب.

ومن ذلك ما يكتبه التجار فى دفاترهم من الديون التى عليهم، أما ما يكتبونه من الديون التى لهم فلا يكون حجة على المدين وذلك لأن التاجر لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به فكيف إذا كتبه. فلو أراد الحيطه لنفسه أخذ من المدين سنداً بالدين أو طلب إليه أن يكتب بخطه فى دفتره وتكون هذه الكتابة حجة على المدين كما حققه الطحطاوى خلافاً لابن عابدين، وقد رأينا بأنفسنا بعض التجار يفعل كلا الأمرين. ومن كتب سنداً بخطه أو استكتبه أو أعطاه ممضى أو مختوماً ثم أنكر الدين الذى فى ذلك السند فلا يلتفت إلى انكاره ويلزم بأداء الدين.

أما إذا أنكر أن السند له فإن كان خطه أو ختمه مشهوراً فلا يعتبر انكاره كذلك ويلزم بأداء الدين وأن لم يكن خطه وختمه معروفين يعرض ماكتبه على أهل الخبرة فإن قالوا أنهما كتابة شخص واحد لزمه الدين فالحاصل أنه يعمل بالسند متى كان بريئاً من شبهة التزوير فإن لم يكن خالياً من الشبهة وأنكر المديون كون السند له أو أنكر الدين من أصله وليس للمدعى بينة أخرى يحلف المنكر بطلب المدعى على أن السند ليس له وأنه ليس بمدين للمدعى.

هذه هى خلاصة الموضوع وقد استوفينا الكلام فيه فيما مضى فى الدليل

الكتابى.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
السُّلَيمِيّ النُّجْدِيّ
www.moswarat.com

الفصل العاشر

الإقرار بالنسب

مقدمة

الأصول التي بنيت عليها مسائل هذا الفصل هي:

أن من أقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره بإقراره مقبول كما يقبل إقراره على نفسه بسائر الحقوق.

ومن أقر بنسب يحمله على غيره فإنه لا يقبل إقراره كما لا يقبل إقراره على غيره بسائر الحقوق «تكملة الفتح عن شرح الأقطع».

وأن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب وأما إذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته «تكملة الفتح».

وأن حالة المرض إنما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الإقرار به في الصحة والمرض سواء. والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق بشيء منها حق الغرماء «تكملة الفتح».

وأن من ادعى معنى لا يمكن اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة. وكل من يدعى معنى يمكن اثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله إلا بالبينة «تكملة الفتح والعناية».

وأنه لو نفى النسب ثم أقر به صح إقراره ولا يضره التناقض «راجع ما يغتفر فيه التناقض».

إذا تقرر ذلك فلنذكر أحكام هذا الفصل في فرعين:

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- يثبت النسب في الشريعة الإسلامية، بالإقرار، وإذ عول الحكم المطعون فيه على إقرار المورث للمطعون عليهما بالنسب، فإنه يكون صحيحاً

فيما انتهى إليه. «١»

- النسب يثبت بالإقرار، وهو بعد الإقرار به لا يحتفل النفي، لأن النفي يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع، وإذا أنكر الورثة نسب الصغير بعد الإقرار، فلا يلتفت إليهم، لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحصيل النسب على نفسه، وهو أدرى من غيره بالنسبة لما أقرب به، فيرجح قوله على قول غيره. «٢».

(١) الطعن رقم ٤٤ سنة ٣٢ ق جلسة ٨/٣/١٩٦٧ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ٥٨٩ .

، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ص ٧١٨ قاعدة ٢٠٣٦ .

، الطعن رقم ٩٩ سنة ٥٨ ق أحوال شخصية ص ١١/٦/١٩٩١ مجموعة المكتب الفني السنة ٤٢ ص ١٢٤٢

(٢) الطعن رقم ٢٦ سنة ٣٩ ق - أحوال شخصية - جلسة ٥/١٢/١٩٧٣

، الطعن رقم ٢ سنة ٤٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٠/٣/١٩٧٦

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ص ٧١٥، ٧١٦ قاعدة ٢٠٢٥، ٢٠٢٨ .

، الطعن رقم ٨٠ سنة ٦٣ ق حوال شخصية ص ١٥/٣/١٩٩٤ مجموعة المكتب الفني السنة ٤٥ ص ٣٦٤ .

الفرع الأول

الإقرار بالنسب الذى ليس فيه تحميل على الغير

وما ألحق به من الإقرار بالزواج والولاء

المبحث الأول

اقرار الرجل بما ذكر

اقرار الرجل الذى ليس فيه تحميل على غيره يكون: بالولد، والوالدين،
والزوجة، ومولى العتاقة. وفى الاقرار بالأم خلاف ستراه فيما يأتى:
١- اقراره بالولد:

يشترط لصحة اقرار الرجل بالولد ابنا كان أو بنتاً ثلاثة شروط:
«الأول» أن يولد مثله لمثل المقر كيلاً يكون مكذباً فى الظاهر وذلك بأن يكون
المقر أكبر من المقر له بنسبه باثنى عشرة سنة ونصف السنة على الأقل لأن عادة الله
فى خلقه جرت بالألا يولد للإنسان فى أقل من هذه السن.

«الثانى» ألا يكون الولد ثابت النسب من غير المقر لأن النسب لا يقبل الفسخ
بعد ثبوته بل يكون مجهول النسب ومجهول النسب هو من لا يعلم له أب فى البلد
الذى ولد فيه. وقيل من لا يعلم له أب فى البلد الذى هو فيه، واستظهر الثانى بعض
المشايخ، قالوا لأنه يترتب على الأول أن المغربى إذا انتقل إلى المشرق ووقعت له
حادثة يلزمه أن يفتش على نسبه فى المغرب وفيه من الحرج ما لا يخفى والحرج
مدفوع شرعاً.

أقول لا حرج اليوم إلا قليلاً جداً فقد اتصل العالم ببعضه ببعض وربطت أقطار
الأرض كلها برباط فى غاية الاحكام، وأصبحت أخبار كل مكان فى البسيطة وفى
لجج البحار وجو السماء تعلم بوساطة البرق واللاسلكى فى جميع الأمكنة «ويخلق
ما لا تعلمون» فالأولى عندى اعتبار نسبه فى مكان ولادته ما أمكن لما فى ذلك من
الاحتياط.

وقال الرحمتي: إذا كان مجهول النسب في أحد المكانين أى في بلده أو بلد هو فيه يقضى بصحة دعوى نسبه لكن مجهول النسب في موضع الدعوى إذا قضى بثبوت نسبه من المدعى ثم جاءت بينة من مولده بأنه معلوم النسب من غير المدعى تبطل تلك الدعوى. أما لو كان مجهول النسب في مولده فلا تنقض الدعوى بعد ثبوتها أ.هـ.

«الثالث» أن يصدق الولد المقر في اقراره إذا كان يعبر عن نفسه لأنه في يد نفسه ولما في سريان الاقرار عليه من الزام حقوق النسب كلزوم النفقة وثبوت الإرث وغير ذلك وفي بعضها مشقة على المقر بنسبة فلا بد من التزامه اياها حتى لا يتضرر، بخلاف الاقرار بالمال ونحوه إذ هو نفع محض للمقر له.

وأما إذا كان الولد لا يعبر عن نفسه فإن النسب يتم بدون توقف على تصديقه لأنه في يد غيره كالبهيمة فلا يعتبر تصديقه.

وعند الأئمة الثلاثة يثبت النسب بلا تصديق المقر له لو كان غير مكلف.

فلمسألة صور ثلاث اثنتان متفق على الحكم فيهما. وواحدة مختلف فيها. فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة المتقدمة ثبت نسب الولد من المقر ولو كان مريضاً مرض الموت ويشارك الولد الورثة وكذلك الشأن في كل اقرار بالنسب وما ألحق به من نكاح وولاء «راجع الأصل الثالث المتقدم».

٢- الاقرار بالوالد:

الاقرار بالوالد صحيح لأنه أقر بما يلزمه هو وليس في اقراره تحميل النسب على الغير. ويشترط لصحة ذلك مثل الشروط الثلاثة المتقدمة فيشترط تصديق الوالد المقر بنسبه وأن يولد مثل المقر لمثله وأن يكون المقر مجهول النسب على النحو الذى بيناه أنفاً.

٣- الاقرار بالأم:

اقرار الرجل بامرأة أنها أمه صحيح بالشروط الثلاثة المتقدمة نص عليه في تحفة الفقهاء وشرح الفرائض للامام سراج الدين وصاحب الهداية واعتمده في الدر تبعا

للتنوير وقال الحق صحته «وانظر تكملة رد المحتار» وعلمه في الهداية بما علل به صحة الاقرار بالأب.

وأما على مافى المبسوط والايضاح وشرح الجامع الصغير للإمام المحبوبي وغيرها فاقرار الرجل بالأم لا يصح. وقد تردد في ذلك صاحب النهاية فقال تعليقا على مقاله صاحب الهداية: الله أعلم بصحته. فرد عليه صاحب العناية بأن صحته عرفت دلالة الدليل المذكور في الهداية وهو أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فلا وجه لهذا التردد.

وأجاب قاضى زاده بما نصه: أقول فيه بحث أما أولاً فلأن دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالأم ممنوعة فأن من شرائط صحة اقراره بالأم وتصديق الأم اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتى فاذا لم يجز تصديقها اياه لم يجز اقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط.

وأقول ان هذا نظر فى منتهى الجودة اذا كانت الام المقر بنسبها متزوجة أو معتدة أما اذا لم تكن كذلك فالاعتراض غير وارد وسيأتى ما يوضحه.

وأما ثانياً فلأن تردد صاحب النهاية فى صحة اقراره بالام انما نشأ عما صرح به عامة الروايات بأن اقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالاب والولد ابنا او بنتا والزوجة ومولى العتاقة. وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف فى الاصول فلما لم يجز اقراره بالأم على مقتضى ما ذكر فى تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك اقوى من الدليل المذكور فى الكتاب للجواز. فان الدليل المذكور هو القياس الجلى وجاز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الخفى الذى هو الاستحسان وبكل واحد منها يترك القياس الجلى. وان كان دليل ذلك هو القياس الجلى فلا أقل من المساواة. وعدم اطلاقنا على دليل ذلك لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار فى صحة الجانبين صحة النقل عنهم لا غير أهـ.

٤ - اقرار الرجل بالزوجة :

يجوز اقرار الرجل بالزوجة ولا يتم ذلك الا بتصديقها اياه وخلوها من موانع

النكاح منه كأن تكون فى عصمة زوج آخر أو فى عدته الخ.

٥- اقرار الرجل بمولى العتاقة :

يجوز اقرار الرجل بمولى العتاقة سواء أكان أعلى أم أسفل بشرط أن لا يكون ولاؤه ثابتاً من الغير لأن الولاء بمنزله النسب، وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب كما تقدم فكذا فى الولاء. ويشترط أيضاً أن يصدقه المقر له لما فى ذلك من الزام الحقوق كما تقدم.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- لمحكمة الموضوع استخلاص صحة الاقرار بالنسب طالما كان استخلاصها سائغاً له أصله الثابت بالاوراق ويؤدى الى النتيجة التى أنتهت اليها وتكفى لحمل قضائه وفيه الرد الضمنى المسقط للحجج المخالفة. النعى عليها فى ذلك. نعى على غير أساس (١)

- النسب كما يثبت بالفراش الصحيح يثبت بالإقرار وبالبينة، غير أن الفراش فيه ليس طريقاً من طرق إثباته فحسب بل يعتبر سبباً منشئاً له، أما البينة والإقرار فهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتاً من وقت الحمل بسبب من الفراش الصحيح أو بشبهته. (٢)

- المقرر فى فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن النسب كما يثبت فى جانب الرجل بالفراش والبينة فإنه يثبت بالاقرار وأنه متى صدر الاقرار مستوفياً شرائطه فإنه لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقاً فى الواقع أم كاذباً. (٣)

(١) الطعن رقم ٢٥ لسنة ٦٢ قضائية - أحوال شخصية - جلسة ٢٧/١١/١٩٩٥

(٢) الطعن رقم ١١ سنة ٤٤ ق أحوال شخصية جلسة ٤/٢/١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ٣٩٨

(٣) الطعن رقم ٦٠ سنة ٥٥ ق أحوال شخصية جلسة ٢٧/٥/١٩٨٦ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها

محكمة النقض فى خمس سنوات (١٩٨٠-١٩٨٥) ص ١٦٨ قاعده ١٥٦

طعن رقم ٢٠ لسنة ٥١ ق أحوال شخصية جلسة ١٨/٥/١٩٨٢

- من المقرر شرعا أن من أقر لمجهول النسب انه ولده فهو معترف ببنة هذا الولد بنوة حقيقية، وانه خلق من مائه، سواء أكان صادقا فى الواقع أم كاذبا فيثبت لهذا الولد شرعا جميع أحكام البنوة، غير أنه إذا كان كاذبا فى الواقع، كان عليه اثم هذا الادعاء، لما كان ذلك فلا محل للتحدى بصورية النسب - الصادر فى دعوى سابقة بناء على الاقرار به - ويكون النعى على الحكم المطعون فيه، على غير أساس (٤).

- النسب يثبت فى جانب الرجل بالفراش وبالاقرار بالبينة. وهو بعد الاقرار به لايحتمل النفى، لأن النفى يكون انكارا بعد الاقرار فلا يسمع، والاقرار يتعلق به حق المقر له فى أن يثبت نسبه من المقر، ويتنفى به كونه من الزنا، ولايصدق الزوجان فى أبطاله، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه انه استند فى قضائه بثبوت النسب المطعون عليه من المورث الى البينة وأن المورث أقر ببنته فى شهادة ميلاده، وكان الحكم لم يثبت ان المورث أقر بأن المطعون عليه ابن زنا، وانما ادعته الطاعة - الزوجة الأخرى للمورث، استنادا الى قرائن أوردتها فى سبب النعى، ولما كان هذا الاقرار بالبنوة قد تعلق به حق المطعون عليه فى أن يثبت نسبه من المورث ولايبطله أن تاريخ وثيقة زواجه من والده المطعون عليه لاحق على ولادته بثلاثة أشهر، لما كان ذلك فان النعى على الحكم يكون على غير أساس (٥).

- انه وان كان يشترط لصحة الاقرار بالأبوة أن يكون الولد المقر له مجهول النسب، فان كان معروفاً نسبه من غير المقر لا يثبت نسبه منه، اذ لايتصور الثبوت من اثنين فى وقت واحد، ولايصح القول بانتفاء النسب من الأول وثبوت من الثانى لأن النسب متى ثبت لا يقبل النقض والانتقال، ولئن اختلفت الأقوال فى مذهب الحنفية حول متى يعتبر الشخص مجهول النسب، فذهب البعض الى أنه من لايعلم له أب

(٤) الطعن رقم ٢٦ سنة ٣٩ق - أحوال شخصية - جلسة ١٢/٥/١٩٧٣.

(٥) الطعن رقم ٢١ سنة ٣٩ق - أحوال شخصية - جلسة ٩/١/١٩٧٤ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة

النقض فى خمسين عاما ص ٧١٥ قاعدة ٢٠٢٦، ص ٧١٦ قاعدة ٢٠٢٩

فى البلد الذى ولد فله وقرر البعض الآخر أنه الذى لا يعلم له أب فى البلد الذى يوجد به الا أن القول على أن يراعى فى الحكم بجهالة النسب عدم معرفة الأب فى البلدين معا دفعا للحرج وتحوطا فى اثبات الأنساب. (٦).

- المقرر فى فقه الجنفية أن النسب كما يثبت فى جانب الرجل بالفراش والبيئة فانه يثبت بالاقرار ويشترط لصحة الاقرار بالبنوة أن يكون الولد مجهول النسب وأن يكون ممكنا ولادته لمثل المقرر وأن يصدق الولد فى اقراره ان كان مميزا وأنه متى صدر الاقرار مستوفيا هذه الشرائط فانه لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال سواء أكان المقرر صادقا فى الواقع أم كاذبا لأن النفى يكون انكاراً بعد الاقرار فلا يسمع واذا انكر الورثة نسب الصغير بعد الاقرار فلا يلتفت اليهم لان النسب قد ثبت باعتراف المقرر وفيه تحميل للنسب على نفسه وهو أدرى من غيره بالنسبة لما أقر به فيرجح قوله على قول غيره. (٧)

- فى الحوادث الواقعة من أول اغسطس سنة ١٩٣١ ووفقا للفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لاتسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الاقرار بها الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية تصدر أو يصدر الاقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفته باصدارها، وطلب استخراج البطاقة العائلية لايدخل فى هذا النطاق ولا يحمل معنى الرسمية. واذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه «والزواج مدعى بحصوله فى سنة ١٩٥٥ فلا تسمع الدعوى به الا اذا كان ثابتا بوثيقة زواج رسمية من موظف مختص بتوثيق

(٦) الطعن رقم ٢ سنة ٤٣ق - أحوال شخصية - جلسة ١٠/٣/١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧

ص ٥٩٢، الطعن رقم ٤١ سنة ٤٠ق - أحوال شخصية - جلسة ١٥/١/٧٥ مجموعة القواعد التى قررتها

محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٧١١ قاعدة ٢٠١١

(٧) الطعن رقم ٩ سنة ٥١ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٩/١٢/١٩٨١ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة

النقض فى خمسين عاما ص ٧١٢ قاعدة ٢٠١٣، الطعن رقم ٨٠ سنة ٦٣ق أحوال شخصية

جلسة ١٥/٢/١٩٩٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٥ ص ٣٦٤

عقود الزواج سواء أكانت الدعوى فى حال حياة الزوجين أم بعد الوفاة» والاقرار المعول عليه فى هذا الشأن «هو الاقرار الذى يحصل فى مجلس القضاء أما الاقرار الذى يحصل خارج مجلس القضاء أو فى ورقة عرفية أو أمام جهة رسمية غير مختصة بتوثيق عقود الزواج فلا يؤخذ به ولا يعول عليه» فانه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه. (٨)

(٨) الطعن رقم ٢٥ سنة ٣٥ ق - أحوال شخصية - ١٩٦٧ / ٥ / ٣١ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٧٠٩ بند ٢٠٠٦.

المبحث الثانى

اقرار المرأة بما ذكر

١ - إقرارها بالولد

اقرارها بالولد ابنا كان أو بنتا فيه تفصيل، لأنها اما أن تكون ذات زوج أو معتدة أو لا متزوجة ولا معتدة. فالأحوال ثلاث:

(أ) فان كانت ذات زوج وصدقها الزوج فيما زعمت أنه ابنا منه ثبت النسب منهما بالتزامه. وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة ولو القابلة لأنها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة، وهنا شهادة المرأة وحدها كافية سواء أكانت شهادة على الولادة أم على تعيين الولد. وأما النسب فانه ثابت بالفراش (راجع ثبوت النسب فى الأحوال الشخصية).

ولابد من توافر الشروط الثلاثة المتقدمة.

وان كان الصبى فى أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما اذا كان الصبى لا يعبر عن نفسه لأن الظاهر ان الولد منهما لقيام أيديهما، ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه. وان كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبة منه بتصديقه. أقول ولكن يلاحظ سنه بالنسبة للفراش كما لا يخفى كذا فى عامة شروح الهداية. وعزاه صاحب الغاية الى الطحاوى (وانظر تكملة رد المحتار) ولو كان الصبى فى يد امرأة فقال رجل هو ابنى منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه، وكذا لو قال هو ابنى من نكاح منك، وقالت هو ابنك منى من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما فى النكاح. فان قالت بعد ذلك هو ابنك منى من نكاح يثبت النسب كما تقدم (أنظر الاصل الخامس).

واذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج لأن سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش، والنسب يثبت حقا للصبى فلا يقبل تصادقهما على ابطال النسب، وكذلك الحكم لو كان النكاح فاسدا لأن الفراش قد وجد (راجع تكملة الفتح فى دعوى النسب).

أقول : اذا كان تصادق الزوجين على أن الولد من الزنا لا ينفي نسبه عنهما للمعنى الذى ذكر آنفاً، أفلا يكون الحكم كذلك بالأولى اذا دعى الزوج أنه من نكاح وادعت المرأة أنه من زنا، لأن نفي نسبة من الزوج جاء من ناحيتها فقط وهو فقد التزم نسبه منه، وذلك غير موقوف على تصديقها وكذا نسبة ثابت منها وان قالت انه من الزنا لأن ثبوت نسبة منها بالانفصال وهى قد أقرت به وليس فى اقراره به تحميل على الغير. ويوضحه ماقاله فى تكملة رد المحتار ان المرأة لو كانت متزوجة وادعت أن الولد ولدها من غير زوجها صح اقرارها فى حق نفسها فقط حيث نفته عنه فيلزمها ولا يلزمه، ويحمل اقرارها على أنها جاءت به من زوج آخر سواء أكان لها زوج معروف أم لا، اذ يكفى فى ذلك الامكان العقلى (راجع مقدمة ثبوت النسب). على أنه اذا لم يكن لها زوج فغاية ما فى الأمر أن يكون ولدها من الزنا، وفى هذه الحالة يثبت نسبه منها وان لم يثبت من أبيه كولد اللعان.

واذا ادعى الرجل أن هذا الولد ابنه منها فان نسبه يثبت منه متى استوفى شروطه. أما هى فلا يلزمها بمجرد دعواه أنه منها، بل لابد من تصديقها أهـ ملخصاً.

فإذا كان الأمر كذلك ففى مسألتنا قال الرجل انه ابنى منك من نكاح، وقالت هى هو ابنك من زنا، والفراش بينهما قائم والنسب حق الصبى وقد لزم المقر باقراره به من النكاح ولزمها أيضاً لاقرارها بانفصاله عنها وان قالت من الزنا. وكل ما فى الامر أنها لم توافقه على النكاح وهذا لا يضره فى ثبوت نسب الولد منه مع ثبوت نسب الولد منها على كل حال، فليُنظر.

(ب) وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند أبى حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من الزوج، وقال الصاحبان: يكفى فى الجميع شهادة امرأة واحدة. وقد وفينا هذه المسألة حقها فى ثبوت النسب فى كتابنا الأحوال الشخصية.

(ج) وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة فعلى ماذهب اليه عامة المشايخ واختاره صاحب الهداية يثبت النسب منها بقولها من غير بينه أصلاً لأن فيه الزاما على نفسها دون غيرها.

ومن المشايخ من قال : لا يقبل قولها سواء أكانت ذات زوج أم لم تكن، عملاً باطلاق ما قاله محمد فى الجامع الصغير، لأنه قال: اذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة الخ، وحمله المصنف على أن تكون المرأة ذات زوج واقضى أثره عامة المشايخ فى تقييد المسألة. فعلى ما ذهب اليه عامة المشايخ لا يكون فرق بين الرجل والمرأة فى دعوة النسب وعلى ما ذهب اليه بعضهم يكون بينهما فرق حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون البينة (أنظر الأصل الرابع المتقدم) ووجه الفرق يرجع الى هذا الأصل، فان المرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد مما يشاهد فلا بد لها من بينة على كل حال. وأما الرجل فلا يمكنه البينة على الاعلاق لخفائه فلا يحتاج اليها. لكن المختار هو ما ذهب اليه عامة المشايخ للمعنى الذى قاله صاحب الهداية وقد ذكرناه آنفا (وانظر تكملة الفتح).

٢ - الاقرار بالوالد

اقرارها بالوالد هو كإقرار الرجل به تماما للمعنى المذكور هناك والأنوثة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها.

٣ - اقرارها بالأم

اقرارها بالأم فيه مافى إقرار الرجل بالأم، وقد صرح صاحب الهداية بقبوله وقال فى العناية نقلا عن المبسوط ان اقرار المرأة يصح بثلاثة نفر: بالأب والزوج ومولى العتاقة.

٤ - اقرارها بالزوج

يصح إقرار المرأة بالزوج كما يصح إقرار الرجل بالزوجة متى انتفت الموانع، لأنه ليس فى هذا الاقرار تحميل على الغير.

٥ - اقرارها بمولى العتاقة

اقرارها بمولى العتاقة كإقرار الرجل اذ المعنى واحد.

ولابد من تصديق كل أولئك للمرأة على النحو الذى مر فى إقرار الرجل. وكما يكون التصديق فى حياة المقر يكون بعد موته، لأن النسب يبقى بعد الموت وكذا

الولاء، وكذا تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق فان العدة واجبة عليها بعد الموت وهي من آثار النكاح، ولذا كان لها أن تغسله بعد الموت بالاتفاق. وكذا تصديق الزوج بعد موتها على قول الصاحبين، لأن الارث من أحكام النكاح وهو يكون بعد الموت كالعدة وقال أبو حنيفة: لا يصح تصديق الزوج بعد موتها لأن النكاح انقطع بالموت ولذا لا يحل له غسلها بعد موتها عندنا. ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لأنه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بالموت، والتصديق يستند الى أول الاقرار (أنظر تكملة الفتح).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- النسب في جانب المرأة يثبت بالولادة ولا مرد لها وهو اذا ثبت يلزم ولا يحتمل النفي أصلاً، وفي جانب الرجل يثبت بالفراش والاقرار وبالبينة وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفي لأن النفي يكون انكاراً بعد الاقرار فلا يسمع. (١)

- اقرار المرأة المتزوجة بالأئمة من زوجها لا يثبت به النسب الا اذا صدقها الزوج لأن اقرارها بالولد في هذه الحالة فيه تحميل نسبه على الزوج، فلا يلزم بقولها الا عند مصادقته، فيثبت حينذاك نسب الولد منهما. (٢)

- المقرر شرعاً أن الاقرار متى استوفى شروط صحته صار حجة على المقرر وانه يشترط لصحة اقرار المرأة المتزوجة بالولد ان يصادقها زوجها أو تقيم البينة على الولادة اذا انكره (٣) - لئن كان ثبوت النسب حقاً أصلياً للام لتدفع عن نفسها تهمة الزنا أو لأنها تعير بولد ليس له أب معروف، فهو في نفس الوقت حق أصلي للولد لأنه يرتب له حقوقاً بينها المشرع والقوانين الوضعية كحق النفقة والرضاع والحضانة والارث ويتعلق به أيضاً حق الله تعالى بحقوق وحرّمات أوجب الله رعايتها فلا تملك الأم

(١) الطعن رقم ١٦ سنة ٣٤ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٦٦/٣/٣٠ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة

النقض في خمسين عاماً ص ٧١٥ قاعدة ٢٠٢٢

(٢) الطعن رقم ٢ سنة ٤٣ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٧٦/٣/١٠ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة

النقض في خمسين عاماً ص ٧١٧ قاعدة ٢٠٣٢

(٣) طعن ٣٢ لسنة ٤٨ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٠/١/١٦ غير منشور.

استقاط حقوق ولدها او المساس بحقوق الله تعالى ومن ثم فلا يعيب الحكم وقد ثبت لديه اقرار الطاعن بالفراش أن يطرح مدلول ما جاء بالاقرار المقدم من الطاعن والمنسوب صدوره الى المطعون عليها من أنه لم يعاشرها معاشرة الأزواج طالما أن فيه استقاطا لحقوق الصغيرة لاتملكه. (٤)

- نسب الولد يثبت من المرأة التي تقرر بأمومتها له متى لم تكن له أم معروفة، وأن يكون ممن يولد مثله لمثلها وأن يصادقها المقر على اقرارها ان كان في سن التمييز دون توقف على شيء اخر ودون حاجة الى اثبات، سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد، أو من غير زواج شرعى كالسفاح والدخول بالمرأة بشبهة، اذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة، ويجب لثبوت نسبه من زوجها او مطلقها أن يصادقها على اقرارها أو أن تثبت أن هذا الولد جاء على فراش الزوجية، وحيث يثبت نسبه منها. فاذا تحققت هذه الشروط في اقرار الأم نفذ عليها وثبت النسب به وتعين معاملة المقر باقراره والمصادق بمصادقته، ولا يجوز الرجوع عن هذا الاقرار بعد صحته، ويترتب عليه جميع الحقوق والأحكام الثابتة بين الابناء والآباء. (٥)

- النسب حق للولد فلا يصدق الزوجان في ابطاله ولو تعاونوا على أنه لم يحصل وطء، ومن ثم فان اقرارهما أو أحدهما بعدم الدخول والخلوة لا يتعدى اليه ولا يبطل حقه. (٦)

(٤) الطعن رقم ٢٨ سنة ٤٤٤ق - أحوال شخصية - جلسة ١٢/٥/١٩٧٦ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ص ١٠٩٣ ، الطعن رقم ٢٤ سنة ٣٩٩ق أحوال شخصية - جلسة ٢٣/٥/٧٣. - مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ص ٧١٧ قاعدة ٢٠٣١.

(٥) الطعن رقم ١٧ سنة ٤٦٤ق أحوال شخصية - جلسة ٢٢/٢/١٩٧٨. - مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ص ٧١٣ قاعدة ٢٠١٨، الطعن رقم ٣٠ سنة ٥٣ق أحوال شخصية جلسة ٢٨/١/١٩٨٦ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات (١٩٨٠-١٩٨٥) ص ١٦٨ قاعدة ١٥٥

(٦) الطعن رقم ٢٢ سنة ٣٥ق - أحوال شخصية - جلسة ١٥/٣/١٩٦٧ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ص ٧١٧ قاعدة ٢٠٣٠، الطعن رقم ٣٤ لسنة ٣٩ق أحوال شخصية جلسة ٢٣/٥/١٩٧٣ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٤ ص ٨١٦.

المبحث الثالث

تكملة

ولنذكر هنا العبارة الآتية (نقلا عن تكملة الفتح جزء سابع) لما احتوته من الفوائد وان كان بعض مافيهما مذكورا فيما مضى وفيما سيأتى قال مانصه: فان قلت لأى معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الأم مع أن الولد ولد منهما ؟ وما فائدة ثبوت نسبة من الأب دون الأم ؟ وما فائدة ثبوت النسب من الرجل فى الاربعة أو الخمسة المذكورين دون سواهم ؟ مع أن الرجل اذا أقر بالاخ بعد موت أبيه يشاركه فى تركة أبيه على ماسيأتى فى الكتاب. وكذلك يجب عليه نفقة الأخ المقر له حال حياته كما ذكر فى المحيط والذخيرة.

قلت اما الأول فلأن الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى (ادعوهم لأبائهم) وقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن) حيث اضاف الولد الى الاب بلام الملك ولذلك اختص الاب بالنسب واما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهى صحة اقرار الأب بالولد ووجوب نفقة الولد على الأب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد فى نسبه. وأما فائدة ثبوت النسب فى حق هذه الأربعة أو الخمسة فهى ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص اى أن حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقريراً للصحة اقراره حتى انه اذا أقر بالابن مثلاً فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك. ويرث من أبى المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه (اقول وانما جاء هذا العموم هنا تبعاً وضمناً لا قصداً فلا اعتراض اذ أصل الاقرار ليس فيه تحميل على الغير).

ثم قال وأما فيما سوى الأربعة أو الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر به ظهر أنه فى موضعين (أحدهما) عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى أن من أقر بأخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث

من أبى المقر وأمه بخلاف من صح اقراره فى حقه كما ذكرناه (والثانى) صحة رجوع المقر عما أقر به فى حق من سوى الأربعة أو الخمسة وعدم صحته فى حق هؤلاء، فإن من أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح حتى أنه لو أوصى بماله كله الانسان بعد الاقرار بأنخ ثم رجع عن اقراره كان ماله كله للموصى له لأن النسب لما لم يثبت كان اقراره بالأخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر.

(أقول انظر الاصل الثانى المتقدم) وأما أخذ الأخ المقر له تركه المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار أن ذلك صار بمنزلة الموصى له بجميع المال وباعتبار أن اقراره حجة فى حق نفسه لا فى حق غيره ولذا قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر فى حال حياته.

الى هذا كله أشار فى الذخيرة وفى الجامع الصغير للامام المحبوبي.

الفرع الثانى

الإقرار بالنسب

الذى فيه تحميل على الغير

الإقرار الذى فيه تحميل النسب على الغير هو ما يكون بغير الولد الصلبى والوالدين المباشرين للمقر نحو الأخ والعم والجدة وابن الابن كما صرح بذلك فى معتبرات كتب المذهب «انظر الدر المختار والتكملة».

فإذا أقر بواحد من هؤلاء ونحوهم لا يقبل إقراره فى حق النسب وإن صدقه المقر له لأن فيه تحميل نسب الغير على الغير، ففى الإقرار بالأخ حمل النسب على الأب إذا المقر له بالإخوة ما لم يكن ابن أبى المقر لا يكون أخا له.

وفى الإقرار بالعم حمل النسب على الجد إذا المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عمًا له وفى الإقرار بابن الابن حمل النسب على الابن إذا المقر له لا يكون ابن ابن المقر ما لم تثبت بنوته من ابن المقر. قال فى تكملة رد المحتار: أى إذا كان فى حياة ابنه لأن فيه حمل النسب على الغير، كما قيده الحموى: قال العلامة أبو السعود: واعلم أن الإقرار بابن الابن ذكره فى التنوير وشرحه مطلقا، لكن ذكره الحموى بخطه مقيدا بما إذا أقر به فى حياة ابنه معللا بأن فيه حمل النسب على الغير فليحفظ أه فتأمل. أقول وهل يقال مثل ذلك فى الجد أيضا؟ وفى الإقرار بالجد حمل النسب على الأب إذ المقر له لا يكون جد المقر ما لم تثبت أبوته من أبيه.

وإذا كان فى مثل هذا الإقرار تحميل نسب الغير على الغير كان إقرارا على غيره لا على نفسه، فكان دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة.

وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة وحدها فلا يترتب عليها بمفردها حكم.

ولكن يقبل إقراره فى حق المال كما سيأتى وإن لم يقبل فى حق النسب فإن كان للمقر وارث معروف قريب كأصحاب الفروض والعصبة، أو بعيد كذوى الأرحام

ومولى الموالاة، فهذا الوارث المعروف أولى بالميراث من المقر له ودرجته بعد درجة مولى الموالاة «راجع المواريث» وذلك لأنه لما لم يثبت نسبه من المقر فلا يزاحم الوارث المعروف. وإن لم يكن للمقر وارث أصلاً استحق المقر له ميراثه لأن للمقر ولاية التصرف فى مال نفسه عند عدم الوارث. الا يرى أن له أن يوصى بجميع ماله فيستحق المقر له جميع المال بناء على هذا وإن لم يثبت نسبه، لما فيه من حمل النسب على الغير. وبهذا تظهر فائدة هذا النوع من الاقرار، وتظهر فائدته أيضاً حال حياة كل من المقر والمقر له فى وجوب نفقة المقر له على المقر وحضائنه ونحو ذلك متى توافرت الشروط فالفائدة ترجع للمال فقط فى الحياة وبعد الموت «انظر دعوى النسب».

وليس هذا الاقرار وصية حقيقية فإن من أقر بأخ ثم أوصى بكل ماله لآخر كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة. ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين «راجع احكام الوصية لاثنين» لكنه بمنزلة الوصية، حتى لو أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال لأن رجوعه صحيح، والنسب لم يثبت.

ومن مات أبوه فأقر بأخ «مثلاً» لم يثبت نسب أخيه من أبيه لما بينا، لكنه يشاركه فى الإرث من أبيه وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم. وقال الشافعى لا يشاركه فى الإرث لعدم ثبوت نسبه.

ولنا أن إقراره تضمن شيئين: «الأول» حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه «والثانى» الاشتراك فى المال وله فيه ولاية لأنه إقرار على نفسه وله ولاية على نفسه. وإذا قبل إقراره فى حق نفسه استحق المقر له نصف نصيب المقر على قول أصحابنا رضى الله عنهم. وعلى قول مالك وابن أبى ليلى رضى الله عنهما يجعل إقراره شائعاً فى التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك.

حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذب أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما فى يده عندنا. وعندهما ثلث ما فى يده، لأن المقر قد أقر له

بثلث شائع فى النصفين فينفذ اقراره فى حصته وبطل ما كان فى حصة أخيه
فيكون له ثلث ما فى يده وهو سدس جميع المال، والسدس الآخر فى نصيب أخيه
فيبطل اقراره فيه. ونحن نقول إن فى زعم المقر أنه يساويه فى الاستحقاق والمنكر
ظالم بانكاره فيجعل ما فى يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية. ولو أقر
بأخت تأخذ ثلث ما فى يده عندنا وعندهما تأخذ خمسة. ولو أقر ابن وبنت بأخ
لهما وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقرين عندنا اخماسا، وعندهما
أرباعا، والتخريج ظاهر. ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما فى يده.
ولو أقر بجدة صحيحة أخذت سدس ما فى يده فيعامل فيما فى يده كما يعامل لو
ثبت ما أقر به.

ولو أقر أحد الابنين المعروفين بامرأة أنها زوجة أبيهما وكذبه الآخر أخذت
تسعى ما فى يده عندنا. وعند مالك وابن أبى ليلى لها ثمن ما فى يده لأن فى زعم
المقر أن للمرأة ثمن ما فى يدى الابنين، الا ان اقراره صح فيما فى يد نفسه ولا يصح
فى حق صاحبه وإذا صح فى حق نفسه يعطيهما ثمن ما فى يده. ونحن نقول إن فى
زعم المقر أن التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة
اسهم فلما أخذ أخوة أكثر من حقه فى زعمهما صار ذلك كالهالك فيقسم النصف
الذى فى يد المقر بينه وبينها على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة
على تسعة أسهم فتضرب هى حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو
سبعة أسهم كذا فى التبيين والبدائع والايضاح. (انظر تكملة الفتح).

وإذا لم يثبت النسب المتقدم بالاقرار فإنه يثبت بتصديق المقر عليه أو ببرهان
يقيم المقر أو المقر له على المقر عليه وهذا البرهان هو شهادة رجلين أو رجل
وامرأتين بالنسب فى وجه خصم شرعى «انظر دعوى النسب» ومنه اقرار رجلين
أو رجل وامرأتين من ورثة المقر بنسب المقر له فيستعدى الحكم إلى غيرهما من
الورثة، فإذا كان المقر واحدا من الورثة اقتصر الحكم عليه وكذا لو كان رجلا
وامرأة كما تقدم.

ولو انحصر الارث فى واحد فأقر بوارث آخر معه ثبت به النسب عند أبى يوسف خلافا لأبى حنيفة ومحمد، ويقول أبى يوسف أخذ الكرخى وظاهر إطلاق المتون ترجيح قولهما «انظر تكملة رد المحتار» ويقول أبى يوسف قال الحسن والشافعى كما فى تكملة الفتح. قال والأول «أى قول الطرفين» أصبح اعتبارا للإقرار بالشهادة وتوضيحه أن الاقرار بنحو الإخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة، بخلاف ما إذا كانا اثنين فصاعدا لأن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين فى النسب مقبولة أهـ.

ولو اقر أخو المتوفى بابن للمتوفى: قال الشافعية لا يصح الإقرار لأن ما أدى وجوده إلى نفيه انتفى وهنا لو صح إقراره بالابن تبين أنه هو ليس بوارث وإذا لم يكن وارثا لا يصح إقراره فأدى وجود هذا الاقرار الى نفيه فيستفى من أصله أى لا يصح.

«والحاصل» أن الأخ بإقراره بالابن يصير مقرا على نفسه فيحرم من الميراث بسبب الابن وإذا خرج من الميراث صار أجنبيا فأقراره غير صحيح ولم يكن مقرا على نفسه فلا يرث الابن فيعود الميراث له وهكذا فيلزم الدور الحكمى الذى عده الشافعية من موانع الإرث (١) لأنه يلزم من التوريث عدمه فقد أدى وجود الإقرار إلى عدمه.

وإذا لم يصح الاقرار كان الميراث للأخ وحينئذ يجب على المقر باطنا أن يدفع التركة للابن المقر بنسبة إذا كان صادقا فى إقراره لأنه يعلم استحقاقه المال دونه. وهذا القول هو الصحيح من مذهب الشافعى، وللشافعى قول آخر أنه يثبت نسب الولد من المتوفى فيستبد بالميراث وحده دون الأخ، وبه قال أحمد ونقل عن أبى حنيفة. ويلزم عندنا أن يصح الإقرار ويجوز الابن كل الميراث معاملة للأخ بإقراره فى حق نفسه وإن لم يثبت النسب ويكفى فى إقرار الأخ كونه وارثا ظاهرا وأن تبين باقراره أنه ليس بوارث. ويؤيده ما قاله العلامة قاسم فى فتاواه، ونصه: قال

(٢) راجع كتابنا «التركات وما يتعلق بها من الحقوق» فيه هذا الموضوع مستوفى جدا

محمد فى الأصل ولو كانت للرجل عمة أو مولى نعمة فأقرت العمة أو مولى النعمة بأخ للميت أو بعم أو بابن عم أخذ المقر له الميراث كله الوارث المعروف اقر بأنه مقدم عليه فى استحقاق ماله، واقاراه حجة على نفسه أهـ ملخصا من تكملة رد المختار.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

- لئن كان المعول عليه فى مذهب الحنفية أن الإقرار بالنسب على غير المقر، وهو إقرار بقربة يكون فيها واسطة بين المقر له - كالأقرار بالاخوة- لا يثبت به النسب الا بتصديق من حمل عليه النسب أو البرهنة عليه بالبينة، اذ الأقرار بالاخوة يقتضى اولا ان المقر له ابن لابی المقر ويستتبع ذلك أنه أخ للمقر، الا ان المقر يعامل باقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التى ترجع إليه، وتنقسم التركة فى هذه الحالة على اساس الاعتداد بالأقرار تجاه المقر دون غيره من الورثة الذين لم يوافقوه على اقراره باعتبار الأقرار حجة قاصرة. وإذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الأقرار الموقع عليه من الطاعنة وبقية الورثة تضمن اعترافهم بأحقية المطعون عليها فى نصيبها من تركة المتوفى، وكان دفاع المطعون عليها يقوم أساسا على حقها فى مشاركة الطاعنة، وباقي الورثة فى التركة المخلفة من المتوفى استنادا إلى الأقرار الصادر منهم، فإن الدعوى المعروضة بالإرث بهذه المثابة تكون متعلقة بالمال. (١)

- المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة ان الأقرار بما يتفرغ عن أصل النسب وهو الأقرار بغير الابوة والبنوة - كالأقرار بالخؤولة موضوع الدعوى الماثلة - وإن كان لا يثبت به النسب الا بتصديق من حمل عليه أو البرهنة عليه بالبينة لأن فيه تحميلا له على الغير، إلا أن المقر يعامل بإقراره من ناحية الميراث وسائر الحقوق التى ترجع إليه كما لو كان النسب ثابتا من المورث حقيقة، وكان الواقع فى الدعوى على ما

(١) الطعن رقم ٤ سنة ٤٤ق - أحوال شخصية - جلسة ٢١ / ١ / ١٩٧٦، مجموعة القواعد التى قررتها

محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٧١٢ قاعدة ٢٠١٦.

تفصح عنه مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن الأول وقع على وثيقة زواج المطعون عليها بوصف أنه خالها ووكيلها في عقد قرانها وأنه وقع مع الطاعنة الثانية على محضر احتفظ به أفاد تضمن أن المورثة توفيت عنها وعن ابنتها المطعون عليها، كما أن الطاعنة الثانية تقدمت بطلب لاستصدار اشهاد شرعى فى المادة.. لسنة ١٩٦٩ وراثات الجيزة أقرت فيه ببنوة المطعون عليها المتوفاة، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بثبوت نسب المطعون عليها من أمها المتوفاة على سند من أقرار من حمل عليه النسب وهى المتوفاة طبقا لما سلف بيانه بما ينطوى عليه من تصديق للإقرار المنسوب للطاعنين، والذي تأيد بالبيئة التى تقدمت بها المطعون عليها فإنه يكون قد أصاب. (٢)

- مجرد الإقرار بالأمومة مع عدم ثبوت الفراش وعدم الإقرار بالنسب لا يكفى لثبوت النسب إلى الأب، لأن إقرار الأم قاصر الأثر عليها ولا يتعدى إلى الغير، لأن الإقرار متى حمل فيه النسب على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة والدعوى المجردة لا تكفى للقضاء بموجبها. (٣)

- دعوى النسب بعد وفاة المورث لا ترفع استقلالا. وجوب أن تكون ضمن دعوى حق فى التركة. (٤)

(٢) الطعن رقم ١٧ سنة ٤٦ ق - أحوال شخصية - جلسة ٢٢/٢/١٩٧٨، مجموعة القواعد التى قررتها

محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٧١٣ قاعدة ٢٢١٧، مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٩ ص ٥٦٨

(٣) الطعن رقم ٥٩ سنة ٦٦ ق - أحوال شخصية - جلسة ٣٠/١٢/١٩٩٦، مجلة القضاة السنة ٢٩ العدد

الثانى، ص ٥٤٠ قاعدة ٨.

(٤) الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٣ ق - أحوال شخصية - جلسة ٧/٧/١٩٩٧، مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٨

ص ١٠٦٠، الطعن رقم ٦٨ سنة ٥٨ - أحوال شخصية - جلسة ٢٣/٢/١٩٩٣، مجموعة المكتب الفنى السنة

٤٤ ص ٧٠٩.

الفصل الحادى عشر

إقرار المريض

مقدمة

المراد به من كان مريضاً مرض الموت وقد بينا هذا المرض فى عوارض الأهلية وذكرنا ما يتعلق به من الشروط والأصل الذى بنيت عليه تصرفات المريض وأحكام هذه التصرفات بالتفصيل. ثم ذكرناها متفرقة فى مواضعها كبيع المريض وطلاقة تسهيلات للمراجعة وسنذكر هنا ما يتعلق بإقراره وديونه وما يرتبط بذلك فنقول. (١)

ما تتوجه به المطالبة إلى المريض حال مرضه أو بعد وفاته ينحصر فيما يأتى: «الأول» أن يكون ثابتاً فى حال صحته بغير إقراره «الثانى» أن يكون ثابتاً بإقراره فى حالة صحته «الثالث» أن يكون ثابتاً فى حالة مرضه ولكن بغير إقراره. «الرابع» أن يكون ثابتاً بإقراره وهو مريض ولا طريق لثبوتة غير الإقرار.

فالأصول الثلاث الأولى يتنظمها حكم واحد مخالف لحكم الصورة الرابعة. والإقرار إما أن يكون لأجنبى أو وارث ويكون إما بدين أو عين أمانة أو مضمونة ولنذكر ذلك فى ثلاثة فروع.

(١) لا فرق عند أهل الظاهر بين حكم تصرفات المريض أخباراً وإنشاءً وحكم تصرفات الصحيح كذلك. وإنما الفرق بينهما فى الأمرين كليهما هو على قول جمهور الفقهاء وانظر كتابنا الأهلية وعوارضها فى عارض المرض.

- تنص المادة ٩١٦ من القانون المدنى:

١- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف.

٢- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه.

- وانظر أحكام تصرفات المريض مرض الموت مجموعة انتقال ما كانت يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته للمؤلفين طبعة نادى القضاة سنة ١٩٩٩ ص ١٠٩٣ وما بعدها.

الفرع الأول

إقرار المريض لأجنبي

المراد بالأجنبي غير الوارث وسيأتى بيان المراد بالوارث فى هذا الفصل.
واقاراه للأجنبي إما بدين أو عين.

١- إقرار المريض لأجنبي بالدين - إذا أقر المريض لأجبنى بالدين فإقراره جائز وإن أحاط ذلك بكل ماله وذلك لقول ابن عمر رضى الله عنهما «انظر تكملة الفتح» إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته. والأثر فى مثله كالخبر لأنه من المقدرات فلا يدرك بالقياس والمسألة مبسوسة فى الأصول. ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية إذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة وقد ورد بذلك الحديث وحق الوارث إنما يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة، ولذا يقدم تجهيزه وتكفينه، ولأنه لو انحجر عن الإقرار بسبب المرض امتنع الناس عن المعاملة معه فى حال صحته بناء على جواز أن يفاجئه المرض فتختل مصالحه فيقع فى الحرج وهو مدفوع شرعا «هداية وعناية وتكملة الفتح فى مواضع متعددة».

٢- وإذا أقر له بعين أمانة أو مضمونة صح الإقرار أيضا ولكن لنفاذ الإقرار بكل من الدين والعين فى حالة المرض شروط ستأتى.

٣- وذهب بعض الناس إلى أن إقرار المريض لا يجوز إلا فى الثلث وهو القياس لأن الشرع (١) قصر تصرف المريض على الثلث وتعلق حق الورثة بالثلثين (٢)

(١) أى على ما ذهب إليه الجمهور. وانظر المحلى فى دليلهم النقلى والرد عليهم.

(٢) قالوا إن مرض الموت حكمه الموت لانه مقدمة له ومتصل به وعلى هذا فجميع التصرفات التى تحصل فيه تكون قد حصلت بعد تعلق حق الدائنين والورثة بمال المدين المريض فينبغى الا يضر بتصرفه الدائنين الثابتة حقوقهم من قبل ولا الورثة فى حقه الشرعى الخالص لهم إلا ما استثنى لحاجته الضرورية كضمن الأغذية والأدوية وما يتصل بذلك.

ولهذا لو تبرع بجميع ما له لم ينفذ الا فى الثلث فكذا الإقرار وجب ألا ينفذ إلا فى الثلث كذا قالوا. «تكملة الفتح» ثم قال قاضى زاده: أقول لقائل أن يقول: الشرع إنما قصر على الثلث تصرفه الذى لم يكن من الحوائج الأصلية دون مطلق التصرف وإلا لزم ألا ينفذ تصرفه فى نحو ثمن الأغذية والأدوية إلا فى مقدار الثلث ولم يقل به أحد. وقد تقرر فيما مر أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية فلم يجز القياس المذكور فى الإقرار بالدين. (٣)

وقال فى الإسعاف إذا أقر المريض بالوقف لمعين صح إقراره، وإن لغير معين كان فى حكم الوصية، ويتفرع على هذا أنه لو قال المريض إن هذه الأرض التى فى يدي وقفها رجل على فلان ثم مات المقر فى مرضه ذلك تكون الأرض وقفا على فلان المذكور كما قال لكونه معيناً. ولو قال هذه الدراهم دفعها إلى رجل وقال لى تصدق بها ثم مات فلا ينفذ قوله إلا فى الثلث لعدم تعيين المقر له فىكون وصية أهـ.

(٣) اللهم إلا أن يدعى أن كون قضائه من الحوائج الأصلية على موجب الاستحسان أيضاً دون القياس. وقال صاحب الهداية فى بيان وجه الاستحسان: الا انا نقول لما صح اقراره فى الثلث كان له التصرف فى ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتى على الكل. واعترض على ذلك «أولاً» بأن ما ينتجه الدليل أقل من المدعى لأن المدعى هو جواز الاقرار لأجنبى وإن أحاط بكل ما له واتباع الطريقة التى قالها صاحب الهداية لا يمكن من الاتيان على كل المال بل يبقى جزء منه حتما فلم يتم التقريب. والظاهر أن مرادهم الاتيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقة وإن الجزء الباقي فى حكم العدم لتناهيه فى الصغر وعلى كل فالاعتراض وارد من الوجهة النظرية «ثانياً» ان الانسان لو أوصى بجميع ماله وليس عليه دين فإن الوصية لا تجوز عند تحقق وجود الورثة مع جريان الطريق المذكور لان المريض له حق التصرف فى ثلث ماله بدون اجازة فلما صح تصرفه فى ثلث ماله كان له التصرف فى ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء، فيجب أن تنفذ وصيته فى ثلثه أيضاً ثم وثم إلى أن يأتى على الكل. وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية محلاً لتصرف المريض من جهة الوصية وإنما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا أهـ. وهو فرق وجيه «انظر تكملة الفتح».

الفرع الثانى

إقرار المريض لوارثه وإقراره بالوارث

المبحث الأول

إقراره للوارث

إقرار المريض لوارثه بدين أو عين كثير أو قليل لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة، وبه قال الشافعى فى قول، وأحمد وهو قول شريح وإبراهيم النخعى وغيرهم. وقال الشافعى فى قوله الثانى يصح كإقراره للأجنبى بذلك وهو قول الحسن البصرى وبعض التابعين. وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويبتل إذا اتهم: كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل ولو أقر لابن عمه قبل إذ لا يتهم فى نصيبه ويتهم أن يزيد فى نصيبها. فأدار مالك الحكم على التهمة. ودليل الشافعى فى قوله الثانى أن الإقرار اظهر حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال فإن حال المرض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الإقرار به وصار هذا الإقرار كالإقرار لأجنبى وبوارث آخر. ولأصحابنا ما رواه الدارقطنى فى سنته عن جعفر بن محمد عن أبيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين». ولما كانت هذه الزيادة شاذة عدل عن الاحتجاج بهذا الحديث الى قول ابن عمر: إذا أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة. وقول الواحد من فقهاء الصحابة مقدم على القياس كما بين فى موضعه من الأصول. هذا هو الدليل النقلي، ولم يتعرض فيه لبطلان الإقرار للوارث بالعين ولكن الدليل العقلى الآتى ينتظمها جميعا وهو تعلق حق الورثة بماله فى مرضه ولهذا يمنع المريض من التبرع على الوارث أصلا كالوصية والهبة له ففى تخصيص البعض

به أبطال حق الباقيين^(١). ولأن حالة المرض حالة استغناء المريض عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاؤ الآمال وكل ما هو كذلك فالأقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه^(٢) والقراءة تمنع من ذلك لأنها سبب تعلق حق الأقرباء بالمال، وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص (أنظر تكملة الفتح) وتعلق حق الورثة بمال المريض في حالة المرض لم يظهر في حق الأجنبي لحاجة الإنسان الى المعاملة مع غيره حالة صحته فلو لم يصح إقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حال صحته كما قدمنا. قيل ان الحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لأن المعاملة كما تكون مع الأجنبي تكون مع الوارث وأجيب بأن المعاملة قلما تقع مع الوارث لأنها للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح ولم يظهر هذا التعلق أيضا في حق الأقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً إليه لأنه قد يحتاج الى إبقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة كما له أخ وأقر بابن. ومما يتفرع على ذلك:

(١) قال في تكملة الفتح: فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل لا يكذب على نفسه جزافا. وبالمريض تزداد جهة الصدق لأن الباعث الشرعي ينضم الى العقل فيبعثه على الصدق. قلنا الأقرار للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه إبطال حق الباقيين. ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز أنه أراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عن طريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقيين دفعا للوحشة والعداوة. بخلاف الأجنبي لأنه غير متهم فيه لأنه يملك إيصال النفع اليه بطريق الوصية.. وكل تصرف يتمكن المرء من تحصيل المقصود به انشاء لانتتمكن التهمة في إقراره به، كذا في الكفاية ومعراج الدرابة أهـ. وانظر ما ذكرناه آنفا من ملاحظة الإمام الشافعي على هذا.

(٢) المانعون من جواز إقرار المريض لوارث والمجوزون لإقراره كلهم لاحظوا التهمة. فرأى أبو حنيفة وأصحابه ان التهمة قائمة في الأقرار للوارث مطلقا. ورأى مالك وأصحابه أنها دائرة وراء الظنة فتارة ينهم في إقراره لوارث وتارة لا ينهم والمرجع في كل حادثة الى القضاء ليتبين القاضي من ملاسبات الموضوع رجحان صحة الأقرار لانتفاء التهمة أو يرى العكس ورأى الشافعي في قوله الثاني انتفاء التهمة ووجهة نظره قوية جدا ولكن بالنسبة لمن يخشى ربه. وقد يكون الأقرار تحت تأثير إكراه غير ظاهر إلا للمقر. وعندى أن الأولى هو مذهب الإمام مالك.

١ - أنه إذا أقر المريض بدين لمن طلقها طلاقا بائنا يطلبها في مرضه فلها الأقل من الارث ومن الدين ان مات في عدتها لقيام التهمة ببقاء العدة لاحتمال تواطئها معه على الطلاق ليقر لها بالدين الزائد على فرضها فعوملت بالأقل دفعا لقصدها السىء ظاهرا وباب الاقرار كان منسدا لبقاء الزوجية فربما أقدم على الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ارثها ولا تهمة في أقلها فيثبت أهـ. هداية وتكملة رد المحتار. وإن أبانها بلا طلبها فلها الميراث ان مات في عدتها لانتفاء تهمة المواضعة، ولأنه يعتبر فارا من أن ترثه فيرد قصده عليه. فان مات بعد انقضاء عدتها استحقت ما أقر لها به لانتفاء التهمة حال موته وان كانت قائمة وقت الابانة وهنا تظهر قوة مذهب الإمام أحمد على ما سيأتى. وهذه المسألة تدل على بناء الحكم الشرعى على القرائن.

٢ - اقرار المريض لزوجته بمهرها الى قدر مثله صحيح لعدم التهمة فيه ولو بعد الدخول وان كان الظاهر أنها استوفت منه شيئا. ولو أقر لامرأته التى ماتت عن ولد منه بقدر مهر مثلها وله ورثة آخرون لم يصدقوه فى ذلك لا يصح اقراره. ولا يناقض هذا ما تقدم لأن الغالب هنا بعد موتها استيفاء ورثتها أو وصيها المهر بخلاف الأول (أنظر تكملة رد المحتار) والحكم هنا أيضا مبنى على القرينة.

٣ - ولو أقرت المرأة فى مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لأنها أقرت بدين للزوج لأن القبض يوجب مثل المقبوض فى الذمة ثم يلتقيان قصاصا. والاقرار بالدين للوارث لا يصح (أنظر الهداية والتكملة) وانظر ما تقدم . على أن هذا فى الحقيقة ابراء من الدين وهى متهمة فى ذلك.

٤ - ولو قال لا حق لى قبل أمى أو أبى صح ذلك لأنه ليس باقرار للوارث، وهذا انما يتصور فى الدين لأنه محل الابراء والاسقاط. وقال فى الدر: وهو الحيلة فى ابراء المريض وارثه. وقال فى التكملة يعنى إذا علم أنه لا حق له قبلهما وخاف ان يتعلل عليهما أحد من الورثة أو يدعى عليهما بشىء. أما لو كان له حق فلا يحل له اضرار باقى الورثة، فليقت الله من كان خارجا من الدنيا مقبلا على الآخرة أهـ.

وتعلق الورثة بمال المريض فى مرضه الذى أقر به لبعض ورثته حق لبقية الورثة، فإذا صدق بقية الورثة المقر لوارث منهم فقد أبطلو حقهم باختيارهم فىنفذ اقراره (أنظر الهداية وتكملة الفتح) وإذا صدق باقى الورثة المقر حال حياته فى اقراره للوارث فليس لهم الرجوع عن تصديقهم بعد ذلك، ولا حاجة الى تصديقهم بعد الموت بخلاف الوصية فإن نفاذها متوقف على التصديق بعد الموت. وينبغى أن يكون على هذا المنوال رضاء الغرماء قبل موته (أنظر تكملة رد المحتار) ونقل فى الدر عن القنية أن تصرفات المريض نافذة وانما تنتقض بعد الموت أهـ أى ينتقض منها ما يقبل النقض بعد الموت إذا كان لوارث ولم تجزئه الورثة وكذا إذا كان لغير وارث وكان تبرعا أو محاباة فانه ينتقض منه ما زاد على الثلث إذا لم تكن اجازة. أقول وكذلك تنتقض المحاباة ولو كانت بغين يسير جدا إذا كانت التركة محاطة بالدين ولم يجز الغرماء على ما بيناه فى محله بيانا وافيا (وأنظر أحكام الصغار للاستروشنى) ونقل فى التنوير عن البزازية أن المريض لو أقر لوارثه يؤمر فى الحال بتسليم ما أقر به الى الوارث فإذا مات يرد أهـ. وهو راجع الى ما تقدم (أنظر الدر والتكملة والمادة ١٥٩٨ من المجلة وشرحها).

والتوقف على اجازة الورثة محله إذا كان للمقر وارث آخر غير المقر له يضره الاقرار فلو لم يكن له وارث غير من أقر له نفذ اقراره فى كل ما أقر به وليس لبيت المال أن يعترض لأنه ليس بوارث وانما هو محل توضع فيه الأموال الضائعة، ومن ضمن ذلك المال يموت مالكة من غير مستحق له بميراث أو وصية ويكون الاقرار مفيدا فى هذه الحالة إذا كان الوارث المقر له أحد الزوجين وفى الحقيقة هو أجنبى فيما وراء نصيبه وألا يكن أحد الزوجين فله كل الميراث أما فرضا وردا وأما تعصيبا، وأما لكونه من ذوى الأرحام. وان كان له وارث غير من أقر له وذلك الوارث أحد الزوجين فان المقر له يأخذ ما يبقى من التركة على كل حال بعد أن يأخذ الزوج الحى نصيبه من الميراث.

والحاصل أن المانع هو إظهار بعض الورثة على بعض. وعلى هذه العلة تدور الأحكام. وأما الأجنبي فبعيد عن هذا بحسب العادة والعبرة للكثير الغالب (أنظر الدر والتكملة) (٣).

وقد علمت مما تقدم أن إقرار المريض بعين لوارثه لا يصح، لكنه نقل في الدر عن الأشباه أنه لو أقرت البنت في مرض موتها بأن الأمتعة الفلانية ملك أبيها لا حق لها فيها أنه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيها أهـ. ووافق صاحب التنوير صاحب الأشباه في منحه. واستدلوا على ذلك بفروع ظنوا أنها تسعدهم وقد خالف صاحب الأشباه علماء عصره وأفتوا بعدم الصحة. وقد كتب العلامة الحموي في حاشية الأشباه في الرد على عبارتها فقال: كل ما أتى به المصنف - أي صاحب الأشباه - لا يشهد له مع تصريحهم بأن إقراره بعين في يده لوارثه لا يصح، ولا شك أن الأمتعة التي بيد البنت ملكها فيها ظاهر باليد، فإذا قالت هي ملك أبي لا حق لي فيها فيكون إقرارا بالعين للوارث، بخلاف قوله لم يكن لي عليه شيء، أو لا حق لي عليه أو ليس عليه شيء. ونحوه من صور النفي لتمسك النافي فيه بالأصل، فكيف يستدل به على مدعاه ويجعله صريحا فيه أهـ. وقال البيهقي: الصواب أن ذلك إقرار للوارث بالعين بصيغة النفي ولا نزاع في عدم صحة ذلك للوارث في مرض الموت. وما أستند إليه المصنف مفروض في إقرار بصيغة النفي في دين لا في عين، والدين وصف قائم بالذمة وإنما يصير مالا باعتبار قبضه أهـ. وتمام الكلام في هذه المسألة في تكملة رد المحتار.

(٣) التهمة كما تكون ثابتة بالنسبة للوارث كذلك قد تكون ثابتة بالنسبة للأجنبي لأسباب خاصة ولذا ينبغي الأخذ بمذهب الإمام مالك في دوران الحكم مع التهمة أينما كانت والقرائن هي التي تفيد القاضي علم ذلك. وقد رأينا من يفضل خليلته الأجنبية على زوجته التي هي من جنسه وعلى دينه فيوصي لتلك بتصف ماله في الساعة الأخيرة من حياته أفىكون من الممنوع بالنسبة لهذا الغر أن يقر لتلك الأجنبية بما شاءت من الدين، ومع ذلك يقال إنه غير متهم في حقها لأنها أجنبية، وإنما هو متهم في حق زوجته المسكينة لأنها وارثة؟ فما أحسن مذهب مالك رضى الله عنه وما أعدل.

وفيهما عن البراززية والأشياء: ادعى عليه ديونا ومالا ووديعة فصالح الطالب على يسير سرا، وأقر الطالب فى العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شىء، وكان ذلك فى مرض المدعى ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لمورثى عليه أموال كثيرة وانما قصد حرماننا، لا تسمع، وان كان المدعى عليه وارث المدعى وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا (مثلا) قصد حرماننا بهذا الاقرار تسمع، لكونه متهما فى هذا الاقرار لتقدم الدعوى عليه والصالح معه على يسير أهـ أى فىكون هذا قرينة على التهمة.

ويستثنى من اقرار المريض لوارثه ثلاث مسائل ينقذ فيها إقراره لانتفاء تهمة الايثار فيها.

الأولى: اقرار المريض باستهلاك وديعة معروفة لوارثه فانه صحيح وصورة ذلك على ما فى الجامع الكبير: رجل أودع أباه ألف درهم فى حال صحة الأب أو مرضه بمعينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وانكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز والألف من تركته للابن المقر له خاصة وذلك لأننا لو لم تعتبر اقراره يصير كأنه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره. وهذا التعليل هو الصواب، وعلل بعضهم بأن اقرار المريض انما يرد لأجل التهمة ولا تهمة فى المعينة أهـ. وهو تعليل غير صحيح لأن الثابت بالمعينة فى المسألة المذكورة انما هو ايداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث إيهاها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لاغير (أنظر تكملة الفتح).

الثانية: أن يكون للمريض وديعة عند الوارث فيقر وهو مريض أنه قبضها منه فيصح اقراره لأنه لو لم يقر ثم مات فطالب بها الورثة المودع فقال انى سلمتها للمودع صدق ولايكلف البينة لأنه أمين. وينبغى أن يلحق بهذه المسألة اقراره بالأمانات كلها.

الثالثة: أن يوكل المورث أحد ورثته بقبض دين من مدين له ثم يقر وهو مريض

انه قبض من وارثه ما وكله بقبضه. وذلك أن الوكيل أمين فيصدق كما تقدم.
فالاقرار وعدمه في هذه المسائل سواء إذ النتيجة واحدة.

وإذا أقر المريض لوارثه ولأجنبي معا بدين أو عين فاقراره لهما موقوف على
الاجازة سواء تصادق الوارث والأجنبي على الشركة فيما أقر لهما به أو أنكرها
الأجنبي وهذا عند الشيخين لأن الاقرار اخبار ولا يصح أن ينفذ على خلاف الوجه
الذي أقر به، فاذا أقر به مشتركا لا يمكن ان ينفذ غير مشترك. وقال محمد إذا أنكر
الأجنبي الشركة نفذ الاقرار في حصته وذلك لأن الاقرار للوارث لم يصح والشركة
لم تثبت مع انكار الأجنبي لها فصار كأنه أقر للأجنبي بحصته ابتداء فيصح الاقرار
له وأما إذا تصادق الأجنبي والوارث على الشركة فالصحيح ان قول محمد كقول
الشيخين (أنظر تكملة ورد المختار).

والمراد بالوارث هنا من قام به وقت الاقرار سبب من أسباب الارث وهي القرابة
والزوجية والولاء بنوعيه. ولم يمنع من ميراثه مانع وقت الموت من رق وقتل
واختلاف دين أو دار، على ما بين في محله. هذا هو ضابط المسألة. قال في تكملة
رد المحتار: قال الزيلعي: أعلم أن الاقرار لا يخلو اما أن يكون المقر له وارثا وقت
الاقرار دون الموت أو كان وارثا فيهما وان لم يكن وارثا بينهما أو لم يكن وارثا
وقت الاقرار وصار وارثا وقت الموت.

فان كان وارثا وقت الاقرار دون وقت الموت بأن أقر لأخيه مثلاً ثم ولد له ذكر
صح الاقرار لعدم كونه وارثا وقت الموت. وان كان وارثا فيهما لا فيما بينهما بأن
أقر لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها، أو والى رجلاً فأقر له ثم فسخ عقد
الموالة ثم عقدها ثانياً. فلا يجوز الاقرار عند أبي يوسف لأن المقر متهم بالطلاق
وفسخ الموالة ثم العقد ثانياً. وعند محمد يجوز لأن شرط امتناع الاقرار ان يبقى
وارثا الى الموت بذلك السبب ولم يبق.

وان لم يكن وارثا وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فان صار وارثا
بسبب كان قائماً وقت الاقرار بأن أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبل الأب لا يصح

اقراره، فان صار وارثا بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة جاز. وقال زفر لا يجوز لأن الاقرار حصل للوارث وقت العقد فصار كما اذا صار وارثا بالنسب. ولنا ان الاقرار حين حصل كان للأجنبي لا للوارث فينفذ ويلزم ولا يبطل بخلاف الهبة لأنها وصية ولهذا تعتبر من الثلث فيعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا كان وارثا بالنسب: بأن أقر مسلم مريض لأخيه غير المسلم ثم أسلم قبل موته، أو كان محجوبا بالابن ثم مات الابن حيث لا يجوز الاقرار له لأن سبب الارث كان قائما وقت الاقرار.

ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز اقراره على قول أبي يوسف أولا لأن اقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء. لكنه قال آخره يجوز وهو قول محمد، لأنه بالموت قبل موت المريض خرج عن أن يكون وارثا.

وكذلك لو أقر الأجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر.. لأن اقراره كان للأجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته أهـ. (٤)

(٤) الوارث عند الإمام أحمد هو من كان وارثا بحسب الظاهر وقت الاقرار سواء أكان وارثا بالفعل وقت وفاة المقر أم لا. فلو أقر شخص لأخيه وكان وارثا له بحسب الظاهر وقت الاقرار ثم ولد له ابن ثم مات المقر فورثه ابنه دون أخيه فلا ينفذ الاقرار للأخ بل يتوقف على اجازة الابن. وذلك لأن العبرة عند الإمام أحمد لقيام التهمة وقت الاقرار فقط.

ولاشك أن هذا نظر في منتهى الجودة.

وعندى أنه يجب الأخذ به لقوته.

المبحث الثاني

إقرار المريض بالوارث

إذا أقر المريض لأجنبي بمال ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه إذا توافرت الشروط .
وإذا ثبت نسبه منه بطل اقراره بالمال لأنه صار اقراراً للوارث.
وهذا بخلاف اقراره للأجنبية ثم تزوجه بها حيث لم يبطل اقراره مع كونها وارثة
عند الموت كما تقدم .
ووجه الفرق بين المسألتين أن دعوة النسب تستند إلى وقت الحمل به (أى لها أثر
رجعى) فتبين أنه أقر لابنه فبطل الإقرار، وليست الزوجية كذلك لأنها تقتصر على
زمان التزوج فكان اقراره لأجنبية فصح .
ولم يفرق زفر بين المسألتين كما تقدم فأبطل الإقرار بالمال فى كل منهما (أنظر
الهداية وتكملة).

الفرع الثالث

ديون الصحة وديون المرض

وطريق اثباتهما

ديون الصحة هي: الديون التي شغلت بها ذمة المدين حال صحته سواء كانت ثابتة باقراره أم بالبينة ويلحق بها في الحكم الديون التي لزمته وهو مريض وكان ثبوتها بالبينة وأما ديون المرض فهي: التي لزمته باقراره وهو مريض ولم يكن طريق لثبوتها غير ذلك.

وديون الصحة وما في حكمها مقدمة على ديون المرض عند الايفاء، فإذا وفيت ديون الصحة وما ألحق بها وبقي شيء من التركة وفي منه ديون المرض، وإذا لم تف التركة بديون الصحة قسمت بين الدائنين بالحصص وكذلك الحال إذا لم تكن ديون صحة وكانت هناك ديون مرض وضاقَت عنها التركة فإنها تقسم بين الدائنين بالحصص ومثلها في الحكم ما إذا وفيت ديون الصحة ولم يف ما بقي من التركة بديون المرض كلها وهو ظاهر. هذه خلاصة الحكم في المسألة عند أصحابنا رضي الله عنهم فلو أن رجلاً توفي وعليه ديون صحة مقدارها عشرة آلاف قرش وديون مرض مقدارها خمسة آلاف قرش وترك ثمانية آلاف قرش فقط فالحكم أن أصحاب ديون الصحة يستبدون بالتركة ويأخذ كل واحد منهم من دينه بنسبة $8000 \div 10000$ أي أربعة أخماس دينه مع ملاحظة ألا يكون لأحدهم دين ممتاز كما وضحناه في موضعه في أوائل الموارِيث. ولو توفي رجل وعليه ديون صحة مقدارها ثلاثة آلاف قرش وديون مرض مقدارها ألف وترك ثلاثة آلاف وخمسمائة قرش فإن أصحاب ديون الصحة يأخذون ديونهم كاملة ويأخذ كل واحد من أصحاب ديون المرض نصف دينه أي $500 \div 1000$ من دينه ولو توفي رجل وليس عليه ديون صحة ولكن عليه ديون مرض مقدارها ستة آلاف قرش وترك عشرة آلاف قرش فإن أصحاب ديون المرض يأخذون ديونهم كاملة لعدم التزامهم ولكفاية التركة لوفاء الديون وهكذا.

وقال الشافعي رضي الله عنه: دين الصحة ودين المرض يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين، ومن شأن العقل والدين أن يمنعا من قاما به عن الكذب في الأخبار، والإقرار أخبار عن الواجب في ذمة المقر لا فرق في ذلك بين اقرار صدر في حالة الصحة وإقرار صدر في حالة المرض بل المرض تزداد جهة رجحان الصدق لأن المرض سبب التورع عن المعاصي والإنابة عما جرى في الماضي فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة أكثر فكان جهة قبول الإقرار فيه أوفر ويكون اقرار المريض كانشائه التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذا ههنا.

أقول أن هذا الدليل سوى بين الإقرار في حالة الصحة والإقرار في حالة المرض ولم يتعرض فيه لمساواة الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة غير الإقرار لدين الصحة لأن ذلك مما لانزاع فيه فلا فائدة للتنبيه عليه أصلاً لخروجه عن محل النزاع «أنظر تكملة الفتح» .

ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه ابطال حق الغير كما لو رهن أو أجر شيئاً ثم أقر أنه لغيره فإنه لا ينفذ اقراره في حق المستأجر والمرتهن لتعلق حقهما به وفي اقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بماله من حيث الاستيفاء وذلك لأن محل الوجوب إنما يكون الذمة وحدها في حالة الصحة لقدرة المدين فيها على الكسب والسعى وأما في حالة المرض فإنه يعجز عن الاكتساب وتحصيل المال فتضعف الذمة عن تحمل الدين فيتعلق الدين بالمال وتصير التركة بالنسبة لديون الصحة بمنزلة الرهن ولأجل هذا التعلق منع المريض من التبرع والمحاباة على التفصيل الذي بيناه أتم بيان في موضعه من عوارض الأهلية وبيع المريض ووصيته وهبته الخ. وأما النكاح فإنه من حوائج الإنسان الأصلية فإن بقاء النفس بالناسل ولا طريق للناسل إلا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله إلى الحوائج الأصلية وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية وقد قيدنا النكاح بكونه بمهر المثل وأما اقراره بالزيادة على مهر المثل فهو اقرار باطل، والمبايعة مقيدة بأن تكون بمثل القيمة ولا ضرر في ذلك على الغرماء لأن حقهم إنما تعلق بالمالية لا بالصورة فأن فاتت الصورة وبقيت المالية

فليس فى ذلك ابطال شىء من حق الدائنين بل فىه تحويل حقهم من محل إلى محل يعدله وللبدل حكم المبدل. فإن قضيت ديون الصحة وما فى حكمها وفضل شىء من التركة بعد ذلك صرف إلى ما أقرب به فى حالة المرض لأن اقراره فى ذاته محمول على الصدق فى حق المقر لصدوره من أهله فى محله وإنما رد فى حق غرماء الصحة لكونه متهماً فى حق الغير فلا يملك ابطاله. فإذا لم يبق حقهم زال المانع فظهرت صحة الإقرار.

فالمحور الذى تدور عليه المسألة هو المساس بحق الغير - المتعلق بالمال وقت الإقرار - فكلما كان فى الإقرار إبطال حق الغير فهو باطل وإلا فهو صحيح.

(قيل) الإقرار بالوارث فى المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم لا يصح بالدين فى المرض إذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما فى ابطال حق الغير، وأجيب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً، فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً وهو الموت. ألا يرى أن شاهدى النسب قبل الموت إذا رجعا بعد الموت والمشهود له أخذ المال لم يضمنا شيئاً فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالإقرار كذا فى المبسوط والأسرار.

(قيل) لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة أيضاً لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر كما مر ومع أن ذلك ليس بباطل بالاجماع. وأجيب بأن حق الغرماء لم يتعلق بمال المديون فى حال صحته وإنما تعلق بدمته لقدرته على الاكتساب فيستحقق تشهير المال فلم تقع الحاجة إلى تعلق حق الغرماء بماله فيها كما قدمنا ذلك آنفاً.

(قيل) سلمنا ذلك لكن إذا أقر فى المرض ثانياً ينبغى ألا يصح لتعلق حق المقر له الأول بماله كما لا يصح اقراره فى المرض فى حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك. وأجيب بأن حالات المرض من أولها إلى آخرها حالة واحدة لأنه حالة الحجر من مبدئه إلى منتهاه بالموت، ولذا يمنع من التبرع على التفصيل الذى بين محله وأما حالتا الصحة والمرض فالأولى منهما حالة اطلاق للتصرف لسلامة الذمة فيها والثانية

منهما حالة حجر عن التصرف لضعف الذمة فيها كما قدمنا. (أنظر الهداية وتكملة الفتح).

وسبب الحاق الديون التي لزمته في حال مرضه بأسباب معلومة بالديون التي لزمته حال صحته في الحكم انتفاء التهمة في ثبوتها إذ المعايين لا مراد له تقدم على المقر به في المرض. وقد نصوا في هذا المقام على أن الثبوت إما أن يكون بالبينة أو بعلم القاضى، وقد علمت أن قضاء القاضى بعلمه أصبح قولاً مرجوحاً فأنحصر الثبوت في البينة «أنظر الدر وتكملة رد المحتار».

ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض لأن في إثارة البعض إبطال حق الباقيين وهو لا يصح فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص (١)، وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء إلا إذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه أو نقد في مرضه ثمن ما اشترى في مرضه. وقد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة. قال في تكملة الفتح أو بمعاينة القاضى وقد علمت أنه قول مرجوح (كما قدمنا) فإذا خص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما يسلم المقبوض لهما ولا يشاركهما في ذلك غيرهما لأنه لم يبطل حق الغرماء بل إنما حوله من محل إلى محل يعدله وكان تعلق حقهم بالمالية دون الصورة، والمالية لم تفت بالتحويل (٢).

(١) وقال الشافعى المقبوض سالم للقابض لأن المريض ناظر نفسه فيما يصنع فربما يقضى دين من يخاف ألا يسامحه بالإبراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة. والتصرف على وجه النظر غير مردود. والجواب أن النظر لنفسه إنما يصح إذا لم يكن فيه إبطال حق غيره (تكملة الفتح).

(٢) قال في تكملة الفتح ما نصه: وفي المبسوط أرأيت لو رد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أكان يتمتع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة؟ لا يتمتع ذلك فكذلك إذا رد بدله لأن حكم البطل حكم المبدل. قال في النهاية وذكر في الذخيرة بأوضح من هذا فقال: فإن قضى المريض ديون هؤلاء فهل لغرماء الصحة أن يشاركهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والأجر (أى في المهر والأجرة) لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في أعيانه. وهذا لا يكون إبطالا لحقهم بل كان نقلاً لحقهم وله ولاية النقل ألا يرى أنه لو باع ماله في حقوقهم كان له ذلك فأما في النكاح والاجارة فبقضاء المهر والأجر أبطل حق غرماء الصحة من عين المال وعن ماله لأن ما وصل إليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العرض في حقهم وعدمه بمنزلة إبطالا لحقهم وليست له ولاية الإبطال أهـ.

ولو أقر المريض بعين في يده أمانة أو مضمونة لآخر لم يصح إقراره في حق
غرماء الصحة لتعلق حقهم بما أقر به ويؤخذ من هذا أن الإقرار بالعين في المرض
كالإقرار بالدين فيه (أنظر الهداية وتكملة الفتوح) ولو أقر بدين ثم أقر بوديعة تحاص
المقر لهما. ولو كان الأمر بالعكس سلمت الويعة للمقر له. مثال ذلك مريض في يده
ألف درهم وقد أقر بأن عليه ألفاً لزيد ثم أقر بأن الألف التي في يده لبكر وديعة
فالحكم في هذه الحالة أن زيداً وبكراً يقتسمان الألف. ووجه ذلك أنه لما بدأ بالإقرار
الدين لزيد تعلق حق زيد بالألف التي في يده فإذا أقر أنها وديعة لبكر يريد أن يسقط
حق زيد عنهما فلا يصدق إلا أنه قد أقر بوديعة تعذر تسليمها بسبب فعله فصارت
كالمستهلكة فتكون ديناً عليه للمقر له بها وهو بكر فيساوى الغريم الآخر في الدين
وهو زيد. ولو أقر أولاً بأن الألف وديعة لبكر ثم أقر بأن عليه ألفاً لزيد فبكر أولى
بالألف في هذه الحالة لأنه لما أقر له بها أولاً ملكها بعينها لأن النقود تتعين إذا كانت
وديعة (كما بين في محله) فإذا أقر بعد ذلك بدين لم يجز أن يتعلق هذا الإقرار بمال
الغير. وكالوديعة مال البضاعة والمضاربة أو ملخصاً من الدر وتكملة رد المحتار،
أقول والظاهر أن سائر الأمانات في ذلك كالوديعة وأن محل الحكم المتقدم إذا لم
يثبت شيء من الوديعة والدين إلا بإقرار المريض كما لا يخفى.

الفرع الرابع

إبراء المريض مدينه

المريض أما أن يكون مديناً أو غير مدين ومدينه أما أن يكون وارثاً أو أجنبياً، فإذا كان غير مدين وأبرأ مدينه الأجنبى فهو نافذ من الثلث إلا إذا اجاز الوارث مازاد عليه وإن كان غير مدين وأبرأ مدينه الوارث توقف هذا على اجازة الورثة سواء أكان المبرأ عنه قليلاً أم كثيراً غير مقيد بالثلث. غير انه لو قال لا حق لى عليه صح قوله. قال فى الأشباه: وهى الحيلة فى ابراء المريض وارثه فى مرض موته بخلاف قوله أبرأتك فإنه يتوقف أهـ. أى على اجازة سائر الورثة ثم إن كان قوله لا حق لى عليه مخالفاً للواقع كان الابراء صحيحاً من جهة القضاء فقط لاعتماده على الظاهر وليس صحيحاً ديانة لاستلزامه ايثار بعض الورثة وحرمان البعض.

وإن كان مديناً وأبرأ مدينه الأجنبى اعتبر الابراء وصية فيما يبقى بعد وفاء الدين فيعطى حكم الوصية، فإن كان الدين مستغرقاً لم يجز الإبراء لتقدم حق الدائن على الوصية وكذا الحكم إذا كان مدينه الذى أبرأه وارثاً فإنن أمامه عقبتين: حق الدائنين فإن سلم منه باجازتهم البراءة وجد أمامه حق الورثة ولا بد من اجازتهم (انظر الدر وتكملة رد المحتار) وراجع تصرفات المريض.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الاقرارات الصادرة من المورث، ومن ثم فإنها تسرى عليه، غير أن له أن يثبت بأى طريق من طرق الاثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة إضراراً به. (١)

(١) الطعن رقم ١٦٩٤ سنة ٤٩ ق جلسة ٢٨ / ٤ / ١٩٨٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٦ ص ٦٦٨ .

، الطعنين رقما ١ ، ٢ سنة ١٩ ق جلسة ١٩ / ٤ / ١٩٥١ مجموعة أحكام محكمة النقض فى ٢٥ عاماً ص ٣٣

الفصل الثانى عشر

تتمة

سماع البينة بعد الإقرار

للمدعى الحق فى طلب سماع بيته بعد إقرار المدعى عليه إذا كان فى سماعها فائدة أخرى له فوق ما أفاده الإقرار. وقد لا يكتفى القاضى بإقرار المدعى عليه ومن أمثلة ذلك:

(أ) إذا أقر أحد الورثة بالدين على الميت فأراد الدائن إقامة البينة ليتعدى الحكم إلى بقية الورثة كان له ذلك. وكذا إذا أقر جميع الورثة بالدين على الميت تقبل أيضاً بينة الدائن لأنه كما يحتاج إلى اثبات الدين فى حقهم يحتاج أيضاً إلى اثباته فى حق دائن آخر.

(ب) إذا ادعى أنه وكيل فلان بقبض دينه من فلان فصدقه المدين ثم أراد الوكيل إقامة البينة على الوكالة كان له ذلك، إذ لو دفع المدين الدين إلى الوكيل بلا بينة على الوكالة يتضرر لأنه لا تبرأ ذمته إذا أنكر الموكل الوكالة، أى لا تبرأ ذمة المدين. فالفائدة من البينة عائدة على المدين، وكذا على الوكيل أيضاً لأنها تثبت أن يده يد أمانة على ما قبضه حتى إذا هلك كان هلاكه هلاك الأمانة (وانظر دعوى الوكالة فى كتاب الدعوى).

(ج) إذا ادعى انه وصى فلان الميت وأن للميت على هذا الرجل كذا ديناً فصدقه المدعى عليه، فالقاضى لا يثبت وصايته بإقرار المدين حتى يقيم البينة عليها لأنه اذا دفع إليه المال اعتماداً على الإقرار وحده لا تبرأ ذمة المدين إذا أنكر الوارث. وكذا لو طلب الدين من مدين آخر فأنكر وصايته فلا ينفعه إقرار الأول فى ذلك أما إذا دفع المدين الدين إلى الوصى بعد إقامة البرهان على الوصاية فإن ذمته تبرأ، ويكون للوصى بذلك ولاية طلب الدين وقبضه من أى مدين آخر. والوكيل كالوصى فى ذلك.

(د) فى الاستحقاق تقبل البينة مع اقرار المشتري ليتمكن من الرجوع على بائعه لأنه إذا اقر بالملك للمستحق لا يتمكن من الرجوع بالثمن على البائع لكن لو أقيمت عليه البينة أمكنه ذلك لأنها حجة متعدية.

(هـ) لو أقر الوارث للموصى له تسمع عليه البينة مع اقراره كى يتعدى الحكم إلى غيره.

(و) أقر المدين المحجور عليه بدين لإنسان آخر لا ينفذ اقراره لكن لو اقام الدائن المقر له بينة على دينه سمعت.

(ز) إذا ادعى عقاراً فى يد غيره ملكاً مطلقاً وذو اليد مقر بوضع يده فإنه مع هذا يجب على المدعى أن يقيم البينة على وضع يد المدعى عليه على ذلك العقار منعاً للتواطؤ والاحتيال على أخذ أموال الناس بالباطل. انظر دعوى العقار.

والمسائل غير محصورة والضابط هو ماتقدم.

وجهات الفائدة متعددة ومختلفة.

وانظر الأشباه وحواشيها والفتاوى الهندية.

الفصل الثالث عشر

الاقرار قانوناً

سبق الإشارة إلى مواد القانون وأحكام القانون فى خصوص مايتعلق بالإقرار أثناء الكلام عن أحكامه شرعاً. (١)

وجملة القول فى ذلك:

الاقرار هو اعتراف شخص لآخر بالحق الذى يدعيه، وهو سيد الأدلة فى المسائل المدنية لأنه حجة قاطعة (٢) على شغل ذمة المقر بما أقر به. وبه يرتفع عبء الإثبات عن المدعى.

وقد يكون بقول صريح شفويّاً أو كتابياً وقد يكون بطريق الدلالة (٣) كما إذا امتنع المدعى عليه من تأدية اليمين الحاسمة التى توجه إليه من المدعى، ولم يردّها على خصمه فالواقعة المراد الاستحلاف عليها تعتبر صحيحة (المادة ١١٨ إثبات).

وهذا هو النكول عند فقهاء الشريعة، انظر ماسيأتى فى تكييف فقهاء الشريعة للنكول، وحكمه المبني على هذا التكييف. كذلك المادة ١١٣ إثبات على أنه إذا امتنع المسئول عن الإجابة على أسئلة مبنية على وقائع متعلقة بالدعوى وجائزة القبول. أو تخلف عن الحضور لاستجوابه فللمحكمة النظر فيما يحتمله ذلك. أى فلها أن تعتبر ذلك اعترافاً منه دلالة بالحق المدعى به. وكذا إذا ادعى شخص على غيره بواقعتين فأنكر أحدهما صراحة وسكت عن الأخرى جاز للمحكمة أن تعتبر سكوته هذا اقراراً دلالة.

-
- (١) راجع رسالة الإثبات لنشأت بك وموجز الالتزامات للسهنورى بك وخلاصة محاضرات الدكتور بهجت بدوى فى الالتزامات وشرح اللائحة الشرعية للأستاذين أحمد قمحة بك وعبد الفتاح السيد بك.
- (٢) يريد راجحة لأن احتمال كذب المقر قائم وكذا خطؤه.
- (٣) كتب شروح القانون التى اطلعت عليها تعبر بكلمة «ضمناً» بدل التعبير بكلمة (دلالة) وتعبيرهم هذا غلط.

وقد يكون الاقرار إما بنفس الحق المدعى واما بالسبب الذى أوجب هذا الحق على المقر ، فكلا الاقرارين صحيح فاذا قال المقر أن لفلان فى ذمتى مبلغ كذا صح اقراره، وكذا إذا قال لفلان فى ذمتى مبلغ كذا اقتضرت منه مثلاً (٤) .
واشترطوا أن يكون المقر عالماً بأن اقراره سيؤخذ حجة عليه. لذلك اشترطوا أهلية المقر وهو لا يخرج عما قاله فقهاء الشريعة.

تقسيم الاقرار إلى قضائى وغير قضائى:

وقد قسموا الاقرار الى قضائى وغير قضائى:

فالاقرار القضائى: هو الذى يقع ممن يملكه أمام جهة قضائية أثناء الدعوى، والجهة القضائية تضم القاضى العام المولى من قبل ولى الأمر للفصل فى الخصومات، والقاضى الخاص المولى من قبل الخصمين وهو الحكم. وهذا القيد أخرج الاقرار أمام جهة غير قضائية كجهة الادارة والنيابة فهو ليس باقرار قضائى وكذا الاقرار الذى يقع فى المحكمة أثناء سير الدعوى لكنه ليس فى موضوع نفس الدعوى المنظورة للفصل فيها بل جاء عرضاً إما على لسان المدعى تقوية لدعواه وإما على لسان المدعى عليه تأييداً لدفعه وإما على لسان الشهود توضيحاً للشهادة. والاقرار القضائى قد يكون شفويًا وقد يكون كتابياً ضمن مذكرة يقدمها الخصم إلى القضاء أو يكون رداً على استجواب، وقد يكون المقر أخرس فيكتب اقراره بيده أو يقر بإشارته المعروفة.

والاقرار القضائى حجة على المقر ملزمة إياه بما أقر به على نفسه أو على من ينوب عنه شرعاً وقانوناً فى ذلك، ويجب على القاضى الأخذ به. كذلك هو حجة

(٤) عرف بعضهم الإقرار بأنه اعتراف شخص لآخر بواقعة تكسبه حقاً مع قصد المقر أن يلزم نفسه بهذا الإقرار .

ثم قال أن الإقرار ينصب على واقعة قانونية تكون مصدراً للحق ولا ينصب على الحكم القانونى نفسه .

قلو أقر خصم أن الحكم القانونى الذى ينطبق على قضيته هو حكم معين فإن الإقرار لا يقيد القاضى .

أقول التعبير بقوله (أقر) غلط ظاهر ، والصواب أن يقول (أدعى) كذلك لا يخفى التناقض الذى بين هذا التعبير وتعريف الإقرار الذى قاله أولاً . وعلى أن غيره لم يسلم من هذا الكلام المتدافع ولم يكن دقيقاً فى تصوير المعانى .

قاصرة على المقر، أو على من ناب عنه المقر شرعاً وقانوناً فقط كأن المنوب عنه هو الذى أقر بنفسه فلا يتعدى أثر الاقرار إلى غيره. وإذا أراد المدعى تعدية الحكم إلى غير المقر تميم ذلك بدليل آخر مقبول قانوناً.

نجزؤ الاقرار (٥) :

جاء فى المادة ١٠٤ من قانون الإثبات «الإقرار حجة قاطعة على المقر. ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا أنصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى».

وقد قسم شراح القانون العبارة المتضمنة لإقرار المقر إلى ثلاثة أقسام:-

الأول: أن يكون الإقرار مطابقاً لدعوى المقر تمام المطابقة وسماه بعضهم اقراراً بسيطاً وبعضهم اقراراً مطلقاً، وكلتا التسميتين غير جيدة والصواب تسميته بالإقرار المطابق أو بالإقرار المساوى للدعوى.

مثاله أن يدعى زيد على بكر ألف جنيه ثمن مبيع (مثلاً) فيقر بكر على وفق ما ادعاه زيد تماماً وهذا القسم لا مدخل للتجزئة فيه، والأمر فيه ظاهر

الثانى - أن يكون فى الاقرار تعديل لما ادعاه المدعى كأن يدعى زيد على بكر ألف جنيه ثمن بيع وأن الثمن حال فيقر بكر بما ادعاه زيد غير انه يعدل كلام زيد بأن الثمن مؤجل إلى مدة كذا.

وكلام المقر فى هذا النوع من الإقرار لا يتجزأ فاما أن يؤخذ كله وإما أن يترك كله، وهذا هو العدل بغير شك.

ومن أمثلته أن يعترف المدعى عليه بالدين المدعى، ولكنه يقول هو دين قمار أو ربا فاحش. وكذا لو ادعى البائع أن ثمن المبيع مائة جنيه غير مصاريف النقل

(٥) هذا تعبير غير جيد إذ نفس الإقرار لا يتجزأ وإنما الذى يتجزأ هو كلام المقر فإذا كان فيه ماهو حجة عليه فهذا هو الإقرار وإذا كان فيه ماهو حجة له فهذا دعوى يدعيها المقر. ولعل واضح القانون قد شعر بهذا إذا قال «بمعنى أنه لا يؤخذ الضار منه بالمقر ويترك الصالح له» وقد وقعت اللائحة الشرعية الحالية فى هذا التعبير غير الجيد أيضاً. والتعبير الصحيح هو - تجزؤ كلام المقر.

فاعترف المشتري بالبيع وبالثمن لكنه قال أن من ضمن هذا المبلغ نفقات النقل. وهذا الإقرار يسمى إقراراً موصوفاً. ولا بأس بتسميته بالإقرار الضمني في بعض صورته. وليلاحظ أنه يجوز للمدعى اثبات دعواه كاملة بدليل آخر غير ما ينتزعه من كلام المدعى عليه.

الثالث - أن يتضمن كلام المقر اعترافاً بما يدعيه المدعى ودفعاً له يدعيه لنفسه كلاً أو بعضاً. وقد سماه بعضهم بالإقرار المركب، وبعضهم بالإقرار الجامع. وهذا غلط إذ المركب والجامع هو كلام المقر الذي الإقرار منه. والأولى أن يعبر عن هذا ب «جملة» .

وحكم هذا النوع من الإقرار أن ما ادعاه المقر لنفسه إذا كان مرتبطاً بدعوى المدعى ومبنياً عليها بحيث يكون وجوده مرتباً على ما يدعيه المدعى كما إذا ادعى زيد على بكر الف قرش (مثلاً) فقال بكر نعم أنا اقترضت هذا المبلغ لكن أديته إليه أو أوفيته منه مبلغ ستمائة قرش (مثلاً) وجب أخذ كلام المقر كله أو تركه كله وعدم تجزئته وعلى المدعى في هذا الحالة عبء الإثبات فيما يدعيه أما إذا كان ما قاله المقر غير مرتبط بما ادعاه المدعى ولا متوقف وجوده على وجوده فإن كلام المقر يتجزأ في هذه الحالة. وذلك كما لو أقر بكر بالدين الذي ادعاه عليه زيد لكنه ادعى على زيد ديناً آخر يريد المقاصة بذلك فإنه يؤخذ باقراره وعليه هو عبء الاثبات فيما ادعاه على زيد.

وقد جاء في كتاب الأستاذ بهجت بدوى انه إذا تبين للقاضي من تضارب الخصم وتناقضه عدم صحة الواقعة الجديدة المدعى بها كما إذا أقر بتسليم المبلغ المدعى وقال انه أوفاه ثم رجع وقال انه تسلم المبلغ على سبيل الهبة فللقاضي أن يعامله باقراره ويجزئ كلامه.

وأنه إذا أثبت المدعى كذب ما ادعاه المقر كما إذا أقر المدعى عليه بالدين وادعى الوفاء فنفي المدعى بخطاب صادر من المقر يطلب فيه مهلة للوفاء (مثلاً) فإن هذا الخطاب يعتبر مبدأً لدليل بالكتابة لنفي وقوع الوفاء.

والإقرار غير القضائي: هو ما كان خارج مجلس القضاء أو كان فيه ولكنه في غير الدعوى المنظور فيها، على ما أسلفنا.

وقد يكون هذا الإقرار شفوياً وقد يكون كتابياً فإن كان كتابياً فله قوة إثبات المحررات فيعتبر دليلاً كاملاً أو مبدأً ثبوت بالكتابة على حسب الأحوال. وإن كان شفوياً وكان المدعى به مما يجوز إثباته بشهادة الشهود جاز الاحتجاج به وإثباته بالشهادة كما يجوز إثبات نفس الحق المدعى بذلك. ثم قوة إثبات هذا الإقرار الشفوي بعد ثبوت وقوعه متروكة لتقدير القاضى لما يتطرق إليه من الشك والاحتمال.

وفى رسالة الإثبات بعض ملاحظات من المفيد ايرادها هنا قال ما خلاصته.
يرى بعضهم أن أمر تقدير الإقرار غير القضائي متروك للقضاء، وأنه ليس من المحتم على القاضى أن يخضع لقاعدة عدم التجزئة، وأنه يمكن القاضى أن يقبل عدول المقر عن إقراره ولو لم يكن سبب الإقرار خطأ فى الوقائع. ثم قال أنه يرى التفريق بين الإقرار غير القضائي الذى يحصل فى غير مجلس القضاء والذى يحصل فى مجلس القضاء على ما أسلفنا فالثانى يجب أن يخضع للقواعد العامة التى تسرى على التصرفات سواء أكان شفوياً أو كتابياً على ما بينا آنفاً. والأول أمر تقديره متروك للقضاء الذى يجب عليه أن يراعى الظروف التى صدر فيها والأغراض التى حصل من أجلها.

وأما من حيث تجزئة الاعتراف غير القضائي فلا يمكن التسليم به لاتحاد العلة التى من أجلها منع القانون تجزؤ الإقرار القضائي. كذلك من الصعب التسليم بقبول عدول المقر عن إقراره إذا لم يكن هناك خطأ فى الوقائع.
وأقول أن آراء نشأت بك فى هذا كلها صحيحة.

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الرابع عشر

نبذة تاريخية

اللائحة الشرعية

رأيت الأبقاء على هذا البحث كما جاء في الطبقات السابقة لما إحتواه من فائدة ، ولمن أراد الاستزاده .

أوردت اللائحة الشرعية ست مواد في الإقرار من المادة (١٢٤) لغاية المادة (١٢٩) (١). وهاك جملة القول فيها:

المادة (١٢٤) يشترط في صحة الإقرار أن يكون المقر عاقلاً بالغاً مختاراً غير محجور عليه، ولا يشترط شيء من ذلك في المقر له.

ويقبل إقرار المحجور عليه للسفه في كل مالا يعد محجوراً عليه فيه شرعاً كالطلاق نحوه أهـ.

هذه المادة هي بعينها المادة ١٢٥ من لائحة سنة ١٩١٠ وأقول إنى لما وقع نظرى على هذه المادة استنكرت ورودها وورود أمثالها في اللائحة الشرعية لأن كل احتوته أحكام موضوعية، واللوائح إنما توضع لبيان الإجراءات وأما حكم الموضوع فيكفى له المادة (٢٨٠) مادام لم يوضع إلى الآن قانون موضوعى للأحكام في المحاكم الشرعية. حتى لقد وقع فى نفسى أن إيراد مثل هذه المادة فى لائحة الإجراءات الشرعية مع وجود المادة ٢٨٠ فيها قد يمس كرامة قضاة الشرع إذ شعرت أن واضع اللائحة يريد أن يعلمهم ما كان ينبغى أن يكونوا على علم به قبل تحملهم هذه الأمانة العظمى، وما كان يخطر ببالى أن قاضياً شرعياً حنفياً يجلس على كرسي القضاء للفصل بين الناس فى منازعاتهم على وفق المذهب الحنفى يفوته معرفة شيء من هذه

(١) الغيت المواد من ١٢٤ - ١٢٩ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وألغى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ واللائحة

الشرعية بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

الأحكام التي يقبح كل القبح بمثله أن يجهلها وكيف استحق أن يسمى عالماً حنفياً وهو يجهل ما هو في أشد الحاجة إلى معرفته لفصل القضاء. فرجعت إلى المذكرة .
الإيضاحية للائحة سنة ١٩١٠ فرأيت فيها ما ضاق به صدرى وحزنت له نفسى،
إذ جاء فيها ما نصه بحروفه «لائحة سنة ٩٧ بين فيها بعض أحكام شرعية تتعلق
بالأدلة الثلاثة (٢) لكن لم تكن وافية بما يلزم مراعاته فى القضايا، فوضع فى التعديل
فى هذا الفصل بعض أحكام أخرى قد تخفى على القضاة ، والعمل بها نافع فى سير
القضايا وفى فصل الخصومات، ويؤمل أن يوضع فى المستقبل قانون شرعى جامع لما
تفرق فى الكتب من الأحكام النافعة فى ذلك (٣).

فالمادة ١٢٥ من التعديل بين فيها شروط صحة الإقرار شرعاً لأن فيها ما يخفى على
بعض القضاة كشرط عدم الحجر فى المقر. وقد توهم بعضهم أيضاً أن هذه الشروط
لازمة فى المقر له وأن شروط عدم الحجر لازم أيضاً فى الطلاق ونحوه من التصرفات
القولية. وترتب على ذلك صدور الأحكام مخالفة للشرع أه بنصه فى اللخجل.
ولكنى أقول إذا كان واضح هذه المادة فى لائحة سنة ١٩١٠ كان له مبرر فى ذلك
الزمن فهل لنقلها بنصها فى لائحة سنة ١٩٣١ مبرر أيضاً؟ ثم متى ينتهى وضع المواد
التي يكون السبب فى وضعها فى اللائحة لفت نظر قضاة الشرع إلى أحكام المذهب
الذى كلفوا بأن يحكموا بأرجح الأقوال فيه، وهم جميعاً واحداً واحداً يحملون
شهادة العالمية فى المذهب الحنفى؟.

أما لهذا الأمر من آخر؟

(٢) هى الإقرار والبيئة (أى الشهادة) والنكول. المادة (١٢٤) من لائحة سنة ١٩١٠ وقد تعدلت فى اللائحة
الشرعية فى المادة (١٢٣) فجاء نصها هكذا «الأدلة الشرعية هى ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة
ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة» أه.

(٣) وقد بدت الآن بوادر تحقيق هذا الأمل من سنة ١٩٣٧ وقد تم الآن قانون الموارث وقانون الوصية،
وقانون الوقف وبعده قانون الأحوال الشخصية. نسأل الله تعالى أن يعين على إتمام هذا العمل النافع، إن شاء
الله.

هذا - وانظر ما تقدم فى شروط المقر والمقر له فى أوائل الإقرار. وانظر كتابنا الأهلية وعوارضها فى عارض السفه، وانظر كتابنا الأحوال الشخصية فى الحجر. المادة (١٢٥) يصح الإقرار وأن اختلف المقر والمقر له فى سبب المقر به أه.

هذه هى المادة ١٢٦ من اللائحة السابقة وقد تقدم شرحها فراجعه . المادة (١٢٦) لا يتجزأ الإقرار الصادر من المدعى عليه بمجلس القضاء فلا يؤخذ منه الضاربة، ويترك الصالح له، بل يؤخذ جملة واحدة ويعتبر إنكاراً للدعوى، وذلك ما لم يكن للمدعى دليل على دعواه ولا للمدعى عليه دليل على ما صدر منه أه.

هذه المادة جديدة. وارجع إلى حكم تجزؤ كلام المقر شرعاً وقانوناً وجاء فى المذكرة الإيضاحية لللائحة الحالية ما نصه:

زيد فى هذا الباب مادة جديدة تقرر مبدأ جرى عليه القضاء الأهلى ونص عليه فقهاء الحنابلة وأيده العلامة ابن القيم فى «أعلام الموقعين» ولم يكن معمولاً به عند الحنفية وهو عدم تجزؤ الإقرار. ويبيانه أن من ادعى على آخر مبلغاً من المال (مثلاً) فاعترف المدعى عليه بأنه كان فى ذمته ولكنه أوفاه إياه ولم يكن لأحد منهما دليل على ما صدر منه كانت نتيجة الكلامين ادعاء الأول شغل ذمة الثانى بالمبلغ وقت الخصومة، وإنكار الآخر ذلك وقت الخصومة أيضاً فيعتبر منكرأ للدعوى، والقول قول المنكر بيمينه.

أما إذا قال المدعى عليه أن المبلغ كان فى ذمته ولكنه أوفاه ثلثه فالحكم كذلك فيما يختص بالثلث لأن الإنكار مقصوراً عليه، ويعتبر مقراً ببقاء الثلثين فى ذمته. وأما إذا كان هناك دليل لهما أو لأحدهما فتكون العبرة بهذا الدليل لا يقول كل منهما ويسار فى الدعوى طبقاً للمنهج الشرعى أه.

المادة (١٢٧) إذا ادعى المقر أنه كاذب فى إقراره لا يقبل منه ويعامل بإقراره إلا إذا قدم دليلاً كتابياً لا شبهة فيه أه.

هذه المادة هى المادة ١٢٧ من اللائحة السابقة وقد زيد عليها الاستثناء الأخير

وهى زيادة فى محلها. وقد تقدم شرح هذه المادة.

المادة (١٢٨) إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة أهـ.

هذه المادة هى نفس المادة (١٢٨) من اللائحة السابقة، وقد تقدم شرح هذه المادة.

المادة (١٢٩) لا تقبل دعوى الإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها ولا الشهادة به إلا إذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء، أو كان مكتوباً وعليه إمضاء المقر أو ختمه، أو وجدت كتابة تدل على صحته أهـ.

أنظر ما تقدم

فيما ذكر هناك الكفاية.

الباب الخامس

اليمين

معنى اليمين

أقسام اليمين

متى توجه اليمين .. وإلى من .. ومن الذى يوجهها

كيفية عرض اليمين

النكول عن اليمين

إفتاء المنكر يمينه والمصالحات عنها

رد اليمين

ما يحلف به وكيف يستحلف

ما يحلف عليه

مسائل عن المراجع الشرعية

القضاء بشاهد ويمين المدعى

أحكام اليمين قانوناً مقارنة بالشرعية الإسلامية

نبذة تاريخية .. اليمين فى اللائحة الشرعية

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

معنى اليمين وأقسامها

الفرع الأول

معنى اليمين

معنى اليمين القوة :

ثم أطلقت على الجارحة والхلف: فسميت إحدى اليدين باليمين لزيادة في قوتها على الأخرى.

وسمى الخلف بالله تعالى يمينا لأنه يتقوى به أحد طرفي الخبر وهو الصدق
اليمين في كلام العرب على وجوه، يقال لليد اليمنى يمين.
واليمين القوة والقدرة ومنه قول الشماخ:

رأيت عرابة الأوسى يسمو إلى الخيرات منقطع القرين
إذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين

أى بالقوة. وفي التنزيل العزيز «لأخذنا منه باليمين» قال الزجاج: أى بالقوة وقيل
باليد اليمنى. وقوله «تلقاها عرابة باليمين» قيل أراد باليد اليمنى وقيل أراد بالقوة
والحق أهـ وفي الحديث «الحجر الأسود يمين الله فى الأرض» قال ابن الأثير هذا
كلام تمثيل وتخيل، وأصله أن الملك إذا صافح رجلاً قبل الرجل يده، فكان الحجر
الأسود بمنزلة اليمين للملك حيث يستلم ويلثم أهـ واليمين الخلف والقسم، والجمع
أيمين وأيمان. وفي الحديث «يمينك على ما يصدقك به صاحبك» أى يجب عليك أن
تحلف له على ما يصدقك به إذا حلفت له. قال الجوهري سميت اليمين بذلك لأنهم
كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم بيمينه على يمين صاحبه أهـ.

وقال بعضهم قيل للحلف يمين باسم يمين اليد، وكانوا ييسطون أيمانهم إذا حلفوا
وتحالفوا وتعاهدوا وتبايعوا. وروى عن ابن عباس أن يمينا من أسماء الله تعالى فإذا

يكون الحلف به حلفاً بالله. وقال أبو عبيدة: وكان العرب يحلفون باليمين يقولون: يمين الله لا أفعل وأنشد لامرئ القيس:

فقلت يمين الله أبرح قاعداً ولو قطعوا رأسى لديك وأوصالى

أراد لا أبرح بحذف لا وهو يريد ثم تجمع اليمين على أيمين كما قال زهير:

فتجمع أيمين منا ومنكم بمقسمة تمور بها الدماء

ثم يحلفون بأيمين الله فيقولون، وأيمين الله لأفعلن كذا. وعلى هذا فهزمة أيمين همزة قطع. وقد حكى ذلك الجوهري عن ابن كيسان وابن درستويه

وأقول: حكى فى كتاب أيمان العرب فى الجاهلية (طبع المطبعة السلفية) إن فريقاً من العرب كانوا يقسمون بالله تعالى، والقسم به عندهم أعظم الأيمان ولذا قال النابغة من قصيدته المشهورة التى يعتذر فيها إلى النعمان بن المنذر عن مدحه لآل غسان:

حلفت لم أترك لنفسك ريبة وليس وراء الله للمرء مذهب

قال فى اللسان: قال الجوهري: وأيمين اسم وضع للقسم هكذا بضم الميم والنون والفه ألف وصل عند أكثر النحويين، ولم يجىء فى الأسماء ألف وصل مفتوحة غيرها، وقد تدخل عليه اللام لتأكيد الابتداء، تقول ليمين الله فتذهب الألف فى الوصل. قال نصيب:

فقال فريق القوم لما نشدتهم نعم وفريق ليمين الله ما ندرى

وهو مرفوع بالابتداء وخبره محذوف والتقدير: ليمين الله قسمى، وليمين الله ما أقسم به. وإذا خاطبت قلت ليمينك. وفى حديث عروة بن الزبير أنه قال: «ليمنك لئن كنت ابتليت، لقد عافيت، ولئن كنت سلبت، لقد أبقيت» وربما حذفوا منه النون فقالوا: أيم الله بفتح الهمزة وقد يكسرونها. وربما حذفوا منه الياء فقالوا: أم الله: وربما أبقوا الميم وحدها مضمومة أو مكسورة فيقولون م الله. وربما قالوا: من الله بضم الميم والنون وبفتحهما وبكسرهما ومن العرب من يقول ليم الله ومنهم من يقول هيم الله.. إلخ.

وقد كانت اليمين من مقاطع الحق عند العرب.
وبقيت كذلك بعد مجيء الإسلام علي ما ستعرف.
مقطع الحق ما يقطع به الباطل، وهو أيضاً موضع التقاء الحكم، وقيل هو حيث
يفصل بين الخصوم بنص الحكم. قال زهير:

فإن الحق مقطعه ثلاث
يمين أو نفار أو جلاء

أى أن ما يفصل به بين الخصوم هو واحد مما ذكر فأما اليمين فقد تقدم معناها.
وأما النفار فهو مصدر نافر ينافر منافرة ونفاراً أى حاكم. قال فى اللسان: قال أبو
عبيد: المنافرة أن يفتخر الرجلان كل واحد منهما على صاحبه ثم يحكما بينهما رجلاً
كفعل علقمة بن علاثة مع عامر بن طفيل حيث تنافرا إلى هرم بن قطبة الفزارى.
وفيهما يقول الأعشى يمدح عامر بن طفيل ويحمل على علقمة بن علاثة:

قد قلت شعري فمضى فيكما
واعترف المنفور للنافر

والمنفور المغلوب والنافر الغالب وقد نافر ينفره نفرا (من باب نصر وقيل ومن
باب ضرب أيضاً) إذا غلبه فى المنافسة. ونفر الحاكم أحدهما على الآخر تنفيراً وأنفره
إنفاراً أى قضى عليه بالغلبة وإنما سميت منافرة لأنها أول ما استعملت كان كل من
المتنافرين يسأل الحاكم: أينا أعز نفراً؟ ثم توسعوا فيها حتى أطلقوها على مطلق
المحاكمة فقالوا نافرة منافرة ونفاراً إذا حاكمه. واستعمل منه النفورة بمعنى الحكومة
وكتب الأدب مملوءة بمنافرات العرب ..

ومن قصيدة الأعشى فى منافرة علقمة وعامر قوله:

أبلج مثل القمر الباهر
ولا يبالي غبن الخاسر

قد حكموه فقضى بينهم
لا يأخذ الرشوة فى حكمه

وأولها:

بالشط فالجزع إلى حاجز
عاش ولم يتقل إلى قابر
يا عجباً للميت الناشر

شاكك من قيلة أطلالها
لو أسندت ميتاً إلى صدرها
حتى يقول الناس مما رأوا

وأما الجلاء فقد ضبطه في القاموس واللسان بفتح الجيم ومعناه في الأصل الأمر
البين الواضح. وفسره في اللسان في بيت زهير بالبينة والشهود والإقرار ولكن نقل
في هامشه عن الصفاني وحكى مثله في التاج أنه بالكسر من المجالاة وهي المجاهرة
بالأمر. وتقول تجالينا أي انكشف حال كل واحد منا لصاحبه وجزم الصفاني بأن
الرواية بالكسر لا غير. وقد نقلوا عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه
كان يعجب من حسن التقسيم في بيت زهير ويردده من التعجب. وحكوا عنه أنه
قال: لو أدركته لوليته القضاء لمعرفته بما تثبت به الحقوق (أنظر أيمان العرب) وفيه
قالوا «يمين جلواء، وحلقة جلواء» أي بنجلى بها الحق وينكشف. وأنشد:

لكل أمر واقع أحناء	شهادة أو حلقة جلواء
به تقوم الأرض والسماء	وكل شيء غير ذا عدا
وأحناء الأمر أراد به أركانها، أخذ من أحناء الرجل، الواحد حنو والعداء الظلم، والمعنى أن كل شيء مرتفع فيه تنازع فهذه سبيله.	

الفرع الثانى

أقسام اليمين

اليمين تنقسم ثلاثة أقسام:

لأنها إما على الماضى أو على الحال أو الآتى.

فأما اليمين على الآتى فهو اليمين المنعقدة وهى عقد يقوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك، وهذه اليمين لا محل لها هنا.

أما اليمين على الماضى كقولك: والله ما بعثك أو على الحال كقولك: والله ما بيننا بيع قائم الآن فهى المقصودة هنا. وهى التى يتقوى بها جانب الصدق فيما يزعمه الحالف. ثم إن كان الحالف قد حلف كذباً عمداً فهى الغموس التى تغمس صاحبها فى الإثم ثم فى النار. ولا كفارة فيها لأنها كبيرة محضة وفى ذلك خلاف الشافعى رضى الله عنه (أنظر كتاب الإيمان) (١) وإن كان قد حلف ظاناً أنه صادق فيما حلف عليه - ولم يكن فى الواقع صادقاً - فهذه يمين لغو لا يؤاخذ به الله عليها. قال الله تعالى «لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم» وقد فسر محمد رحمه الله الآية الكريمة بما ذكر وهو مروي عن ابن عباس رضى الله عنهما، وإنما الكفارة فى اليمين المنعقدة فقط جزاء الحنث على ما هو مبين فى موضعه.

(١) ويعاقب الحالف كذباً فى القانون وأقول لا مانع شرعاً من تعزيز الحالف كذباً رجوعاً إلى القواعد العامة للتعزيرات (انظر مقالتنا فى أحكام المرأة فى مبحث التعزيرات).

رَفَع

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثاني

متى توجه اليمين. والى من توجه ومن الذى يوجهها

الفرع الاول

متى توجه اليمين

ذكرنا في حكم الدعوي ما خلاصته: ان القاضي يسأل المدعي عليه بعد تمام دعوي المدعي عما قاله، فان أقر ألزمه بما أقر به وان أنكر سأل المدعي البينة فان عجز حلف المدعي عليه بطلب المدعي (١)، فان حلف بقي المدعي في يده ومنع المدعي من التعرض له، ويسمي هذا قضاء ترك وان نكل قضي عليه بما ادعاه المدعي قضاء استحقاق كما لو ثبت بالاقرار أو البينة واليمين آخر سهم في كنانة الاثبات.

اذا تقرر هذا فاعلم أن المدعي اذا قال لي بينة علي دعواي فاما أن تكون بينته حاضرة بمجلس القاضي أو حاضرة بالمصر الذي فيه القاضي أو غائبة عنه فان كانت البينة غائبة عن المصر وطلب المدعي يمين المدعي عليه أجابه القاضي الي طلبه اتفاقا تيسيراً عليه وعلي خصمه في رفع المؤونة والانتظار. وان كانت البينة حاضرة بمجلس القاضي وطلب يمين خصمه لا يجيبه القاضي الي طلبه بالاتفاق لارتفاع الحرج عن المتخاصمين بحضور البينة وان كانت البينة حاضرة بالمصر وطلب يمين خصمه فعلي قول أبي حنيفة لا يجيبه القاضي الي طلبه بل يكلفه احضار البينة وعلي قول أبي يوسف يجيبه الي طلبه ولا يكلفه احضار البينة. ومحمد مع أبي يوسف علي رواية الخصاص، ومع أبي حنيفة علي رواية الطحاوي كما في الهداية.

استدل أبو يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام (البينة علي المدعي واليمين علي من أنكر ومعلوم أن كلمة (علي) تفيد الوجوب فالمنكر مستحق عليه اليمين

(١) مادة ١٣٦ مشروع قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية

«لا يعتبر الحلف والنكول الا اذا كان أمام المحكمة».

والمستحق لها هو المدعي، فاليمين اذا حق للمدعي علي المدعي عليه. وأظهر من هذا قوله عليه الصلاة والسلام (لك يمينه) حيث أضاف اليه اليمين بلام الملك والاختصاص. واستدل أبو حنيفة بقوله صلي الله عليه وسلم للمدعي (ألك بينه؟) قال: لا فقال: (لك يمينه) فقد ذكر اليمين بعدما عجز المدعي عن البينة: وهذا يدل علي أن ثبوت حق المدعي في اليمين مرتب علي عجزه عن اقامة البينة. واذا كانت البينة حاضرة بالمصر فكأنها كالحاضرة بمجلس القاضي بجامع القدرة علي اقامتها في كل أهـ.

قال قاضي زاده: أقول: لأبي يوسف رحمه الله تعالى: أن يفرق بين الصورتين بأن يقول اذا لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف وهو تقصير المسافة والمؤونة عليه باقرار المدعي عليه أو بنكوله عن اليمين فيتوصل الي حقه في الحال فكان له حق اليمين، بخلاف ما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فان هذا الغرض أعني قصر المسافة والمؤونة عليه والتوصل الي حقه في الحال يحصل باقامة البينة فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف حيثد أهـ.

وانما صارت اليمين حقا للمدعي لأن المنكر قصد اتواء حقه علي زعمه بالإنكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا كما يزعم المدعي، وهذا أعظم من اتواء المال. فان كان الحالف صادقا حصل له الثواب بذكر اسم الله تعالى علي وجه التعظيم (انظر التبيين).

واذا حلف القاضي المدعي عليه بطلب المدعي فحلف فالمدعي لا يزال علي دعواه ولا يبطل حقه بيمين المدعي عليه^(٢) الا أنه ليس له أن يخاصمه بعد ذلك ما لم يقوم البينة علي وفق دعواه فان وجد بينة أقامها وقضي له بها.

غير أن المدعي اذا كان قد حصر شهوده أو قال لا بينة لي فعلي قول أبي حنيفة لا

(٢) ويقضي القانون بمنع تعرض المدعي للمدعي عليه بعد حلفه اليمين ويسمي هذا قضاء ترك.

تقبل منه البينة بعد ذلك للتناقض الظاهر وعلي قول محمد يجاب إلي طلبه وتسمع بيئته لأنه ربما كان له بينة في الواقع ولم يعرفها ثم عرفها أو نسيها ثم تذكر. ومذهب محمد هو الظاهر من الوجهة النظرية وعلي المتون، غير أن في العمل بقول أبي حنيفة اقفالا لباب كبير من أبواب التزوير فكان هو الأرجح من الوجهة العملية وهو المختار في المجلة، أنظر المادة (١٧٥٣)، وفي اللائحة أنظر المادة (١٩١) (٣) غير أنه استثنى في اللائحة شهادة الحسبة لأنها من حقوق الله، وقد قدمنا ذلك فارجع إليه.

وكان بعض القضاة من السلف لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون قد ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما يترجح صدق المدعي بالبينة حتي لا يعتبر يمين المنكر معها.

قال علماؤنا: ان هذا القول مهجور (٤) غير مأخوذ به. وقد قبل عمر رضي الله عنه البينة من المدعي بعد يمين المنكر. وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة (أي التي تقام بعدها). وهل يظهر كذب المنكر اذا أقيمت عليه البينة بعد حلفه فيكون حائثا؟ قال أبو يوسف نعم، وقال محمد لا. والصواب قول محمد لأنه لم يقم دليل على كذبه بيقين.

لكن القانون المدني أخذ بهذا القول المهجور (٥) في المادة (٢٢٤) ونصها: يجوز لكل من الأخصام أن يكلف الآخر باليمين الحاسمة للنزاع وفي هذه الحالة يجوز للمطلوب منه اليمين أن يردها على الطالب.

(٣) الفيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

(٤) أنظر رد ابن حزم هذا في أثناء كلامه في النكول، مجلد تاسع ابتداء من ص ٣٧٢.

(٥) مادة ١١٤ اثبات «يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر.. ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه..»

- مادة ١٣٩ مشروع قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية «إذا عجز المدعى عن اثبات دعواه وطلب تحليف خصمه فحلف أو نكل حكم بمقتضى الحلف أو النكول».

وقال فى رسالة الاثبات: اليمين الحاسمة هى التى يوجهها الخصم لخصمه عند عجزه عن الاثبات لحقه حسما للنزاع فهى تحسم النزاع بمعنى أن الخصم الموجهة إليه إذا حلفها حكم له وإذا نكل عنهم حكم عليه ولا ترد مرة أخرى وجاء فى المادة (٢٢٥) منه ما نصه (التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الثبوت)

وهذه اليمين قريبة من عقد التحكيم لأن من يوجهها من الخصمين إلى صاحبه يحكم ذمة خصمه فى النزاع، ويصح أن يقال انها تتضمن التنازل عن الحق المدعى به وهذا التنازل معلق على شرط هو تأديتها. غير أن من توجهت إليه له أن يردّها على خصمه فيصبح هو المتنازل وتنازله يكون معلقا على شرط تأديتها من وجهها أولا وهى لا توجه إلا من الخصم لخصمه فلا يصح توجيهها من القاضى.

وقد ذكرنا ما فيه الكفاية فيما يتعلق بتحليف الصبى المميز فى كتاب الدعوى. وقد عقدنا فصلا خاص لليمين المردودة. وفصلا آخر فى القضاء بشاهد ويمين. وجعلناهما فى آخر الكلام فى اليمين.

الفرع الثانى

إلى من توجه اليمين

الذى توجه إليه اليمين عند أصحابنا رحمهم الله هو المدعى عليه، وسيأتى بسط هذه المسألة فى فصل القضاء بالشاهد ويمين المدعى.

غير أننا نورد هنا ما يقتضيه المقام فنقول: روى البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قضى باليمين على المدعى عليه وروى أحمد ومسلم أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال: لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على من أنكر. وأخرج البيهقى هذا الحديث بإسناد صحيح بلفظ: البينة على المدعى واليمين على من أنكر وروى مسلم والترمذى عن وائل بن حجر: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبى - صلى الله عليه وسلم - فقال الحضرمى: يا رسول الله ان هذا قد غلبنى على أرض كانت لأبى، فقال الكندى هى أرضى فى يدى أزرعها ليس له فيها حق. فقال - صلى الله عليه وسلم - للحضرمى: ألك بينة؟ قال لا. قال فلك يمينه. فقال يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه وليس يتورع من شئ، قال ليس لك منه إلا ذلك. فانطلق ليحلف فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما أدبر الرجل: أما لئن حلف ما ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض أه. فهذه الأحاديث وما فى معناها تدل على أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه (١).

وقد ذهب إلى ذلك الجمهور وحملوا ما ورد فى ذلك على عمومته فى حق كل أحد سواء أكان بين المدعى والمدعى عليه إختلاط فى المعاملة أم لا. واشترط المالكية لتوجيه اليمين أن يكون بين المدعى والمدعى عليه إختلاط فى المعاملة لئلا يبتذل أهل السفه أهل الفضل بتحليفهم مرارا. (وتفصيلات مذهب مالك مبينة بيانا وافيا فى

(١) مادة ١١٤ اثبات «يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر».

تبصرة ابن فرحون) وقد ذكر خلاصتها فى الطرق الحكمية وقريب من مذهب مالك قول الاصطخرى من الشافعية: إن قرائن الحال إذا شهدت بكذب المدعى لم يلتفت إليه. أقول وقد أوردنا ما يوافق ذلك فى دعوى المستحيل العادى فى شروط الدعوى (أنظر الفواكه البدرية).

والحكمة فى جعل البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه أن جانب المدعى ضعيف لأنه يقول بخلاف الظاهر فكلف الحجة القوية وهى البينة لأنها لا تجلب لنفسها نفعا ولا تدفع عنها ضرراً فيتراجع جانب صدقها لارتفاع التهمة ويقوى بها ضعف المدعى. وأما جانب المدعى عليه فهو قوى لأن الأصل فراغ ذمته وبراءتها مما يدعيه المدعى. واليد دليل الملك ظاهراً فلذلك اكتفى منه باليمين وهى حجة ضعيفة لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر فكان ذلك فى غاية الحكمة (أنظر نيل الأوطار).

غير أن للقاضى من تلقاء نفسه أن يحلق المدعى فى المسائل الآتية، تميماً لدليله: (الأولى) إذا ادعى أحد حقاً فى تركة وأثبتته بالبينة فلأجل الاحتياط يحلفه القاضى على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه ولا أبرأه ولا أحاله على غيره ولا استوفاه من طرف أحد نيابة عن المتوفى، وليس للميت فى مقابلة هذا الحق رهن عند المدعى ويقال لهذه اليمين يمين الاستظهار وهى حق للتركة لا للوارث بخصوصه حتى لو أبى الوارث أو الوصى تحليف الدائن لا يجاب إلى طلبه، إذ ربما يكون هناك غريم آخر أو موصى له، فلأجل الإحتياط يستظهر القاضى الأمر بهذه اليمين. وهى لا بد منها باتفاق من الامام وصاحبيه. وأما المسائل الأربع الآتية فالاستحلاف فيها على قول أبى يوسف. وقد استوفى القول فى هذه المسألة فى تنقيح الحامدية وتكملة رد المحتار. وانظر المادة (١٧٤٦) من المجلة وشرحها.

(الثانية) إذا ادعى أحد استحقاق مال وأثبت دعواه بالبينة حلفه الحاكم على أنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه.

(الثالثة) إذا أراد المشتري رد المبيع بسبب العيب حلفه الحاكم على أنه لم يرض بالعيب صراحة ولا دلالة.

(الرابعة) تحليف الحاكم الشفيع على أنه لم يبطل شفيعته بوجه من الوجوه.
(الخامسة) إذا طلبت المرأة فرض نفقة على زوجها الغائب تستحلف بالله على أنه لم يطلقها ولم يترك لها نفقة ولم تكن ناشزة (أنظر نفقه زوجة الغائب).

وثم يمين قانونية قضائية تسمى باليمين المتممة. وهى التى يوجهها القاضى إلى أحد الخصمين تميما للأدلة المقدمة إليه.

والمسائل الخمس المتقدمة تعتبر اليمين فيها من نوع هذه اليمين لأن الذى يواجهها هو القاضى ولأنها تقوى جانب الدعوى فيصح أن تسمى يمينا متممة أيضا وتسميتها يمين إستظهار من أحسن التسميات كما لا يخفى.

ويظهر أن اليمين المتممة فى القانون ليست مقيدة بمسائل معينة، بخلاف يمين الإستظهار فى المسألة الأولى والمسائل الأربع التى بعدها لكن عند تدقيق النظر يرى أنه لا معنى لحصرها فى مسائل معينة بل كلما وجد المعنى الذى من أجله توجه اليمين فى هذه المسائل فى مواضع أخرى كان للقاضى توجيهها لوجود المقتضى لها، ويلوح لى أن الأمر فى ذلك بين لا يخفى وسيأتى تمام الكلام فى هذه المسألة فى موضعه (٢).

(٢) مادة ١١٩ إثبات «للقاضى أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين لينبى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به . ويشترط فى توجيه هذه اليمين ألا يكون فى الدعوى دليل كامل وألا تكون خالية من أى دليل »

الفرع الثالث

من الذى يوجه اليمين

الدعوى أما أن تكون من حقوق العباد وأما أن تكون من حقوق الله (أى دعوى حسبة).

فإن كانت من حقوق الله فالذى يوجه اليمين فيها إلى المدعى عليه هو القاضى محافظة على حق الله تعالى ولو لم يطلب المدعى ذلك منه. (أنظر المبسوط فى كتاب التحرى ولسان الحكام والفتاوى الهندية فى اليمين والمادة ٢٠٣ من اللائحة) (١) ويظهر ذلك فى دعوى الطلاق والعتق وأشباه ذلك (راجع دعوى الحسبة).

وإن كانت من حقوق العباد فالقاضى أيضا هو الذى يوجه اليمين إلى المدعى عليه لكن بشرط طلب المدعى ذلك منه، فإن حلفه القاضى من تلقاء نفسه أو حلفه المدعى بدون توجيه اليمين من القاضى فالأحكام التى تبنى على ذلك باطلة، (أنظر المادة ١٧٤٧ من المجلة وشرحها). ويجوز لمن ينوب عن صاحب الحق بوكالة أو وصاية أو ولاية توجيه اليمين بواسطة الحاكم إلى المدعى عليه، ولكن لا يجوز لواحد من هؤلاء أن يحلف بالنيابة عمن يقوم مقامه، إذ القاعدة هى أن النيابة تجرى فى الاستحلاف ولا تجرى فى الحلف ووجهه ظاهر (٢) وانظر المادة (١٧٤٥) من المجلة وشرحها وعلى ذلك إذا وجهت اليمين من المدعى إلى أحد هؤلاء فحلف فلا يترتب على حلفه أو نكوله حكم.

والواجب فى هذه الحالة تحليف ذى الشأن الأصلى متى كان أهلاً لأداء اليمين

(١) الغيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

(٢) تنص المادة ١١٥ من قانون الإثبات «ويجوز للوصى أو القيم أو وكيل الغائب أن يوجه اليمين الحاسمة فيما يجوز له التصرف فيه».

- تنص المادة ١٣٤ من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية «تجوز النيابة فى التحليف ولكن لا تجوز فى اليمين».

وإلا كانت الحجة بالنسبة له قاصرة على بينة المدعى لكن يجوز لكل واحد من هؤلاء أن يحلف على فعل نفسه من عقد أو تصرف باشره.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

- من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن طلب توجيه اليمين الحاسمة هو احتكام لضمير الخصم لحسم النزاع كله أو فى شق منه، عندما يعوز من وجهه الدليل لإثبات دعواه، فإن حلفها من وجهت إليه فقد أثبت انكاره لصحة الادعاء، ويتعين رفضه، وإن نكل، كان ذلك بمثابة إقرار ضمنى بصحة الادعاء، ووجب الحكم عليه بمقتضى هذا الاقرار، ولا يغير من ذلك أن يكون طلب توجيه اليمين الحاسمة من باب الاحتياط، بعد العمل بقانون المرافعات الحالى وقانون الإثبات، اللذين أقرأ ضمنا الرأى الراجع فى الفقه والقضاء بجواز توجيهها على سبيل الاحتياط، إذ يتعذر على الخصم أن يتعرف على رأى المحكمة فى الأدلة التى ساقها - خاصة إذا ما كان النزاع مطروحا على محكمة الاستئناف أو أمام محكمة أول درجة فى الأنزعة التى تفصل فيها بصفة انتهائية - إلا بعد الحكم فى النزاع، فيصبح الباب موصداً دونه لإبداء طلبه توجيه اليمين الحاسمة إذا رفضت المحكمة الأدلة الأخرى التى تمسك بها، بصدور حكم نهائى فى النزاع، ومن ثم فلا مفر إلا أن يتمسك الخصم باليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط أثناء نظر الدعوى، قبل كل دفاع أو بعده، وهو ما يتعين معه على المحكمة أن تقول كلمتها فى الأدلة التى يستند إليها الخصم المتمسك بتوجيه اليمين أولاً، فإذا ما انتهت إلى أنها غير كافية لتكوين عقيدتها بأسباب سائغة، أجابته إلى طلبه بتوجيه اليمين، باعتبار أن توجيهه - فى هذه الحالة - معلق على شرط هو عدم اقتناع المحكمة بما ساقه من أدلة، والقول بغير هذا فيه إهدار للعلة من إباحة المشرع طلب توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط (١).

(١) الطعن رقم ١٩٧٩ سنة ٧١ ق جلسة ١٢/٦/٢٠٠٢

- اليمين الحاسمة يجب أن توجه في الواقعة التي ينحسم بها النزاع ولا يجوز توجيهها إذا كانت تنصب على مجرد دليل في الدعوى (٢).

- جرى قضاء محكمة النقض على أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف في طلبه. (٣)

- إقامة المطعون ضدها الدليل على صحة دعواها. مؤداه عدم جواز توجيه اليمين إليها. (٤)

- لا تثريب على محكمة الاستئناف إذا ما إلتفتت عن طلب إجراء التحقيق من جديد طالما وجدت في أوراق الدعوى ومستنداتها ما يكفي لتكوين عقيدتها وكان لا يجوز لها توجيه اليمين للمطعون ضدها بعد أن أقامت الدليل على صحة دعواها. (٤)

- إقامة المدعى البينة على دعواه. طلب المدعى عليه بعد ذلك يمين المدعى على أنه محق في دعواه. غير مقبول. علة ذلك. البينة على من أدعى واليمين على من أنكر. (٥)
- لا توجه اليمين الحاسمة إلا إلى الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالاثبات ويجب أن تتوافر في هذا الخصم أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه وأن يملك التصرف في هذا الحق وقت حلف اليمين (٦)

(٢) الطعن رقم ٥١٩ سنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٨٢/٣/٩.

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ص ٦١٨ قاعدة ١٦٧٧.

(٣) طعن رقم ٩٢ سنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٣٠.

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ص ٦١٩ قاعدة ١٦٧٩ - ١٦٨٢.

(٤) (الطعن رقم ٦٨ لسنة ٦٦ ق «أحوال شخصية» - جلسة ٢٠٠١/١/٦)

(٥) (الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٦٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥)

(٦) (الطعن رقم ٢٨٤ سنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٧)

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ص ٦١٦ قاعدة ١٦٧٣٥.

- للمحكمة أن ترفض توجيه اليمين الحاسمة لورثة عن واقعة شخصية للمورث وعلمها عنده هو لا عند الورثة (٧).

- حجية اليمين الحاسمة قاصرة على من وجهها ومن وجهت إليه ولا يتعدى أثرها إلى غيرهما من الخصوم (٨).

- لا يجوز إعمال أثر اليمين الحاسمة التي يحلفها الوصي في حق القاصر إذ إن أداء اليمين الحاسمة عمل من أعمال التصرف التي لا يجوز له مباشرتها (٩).

- اليمين وسيلة اثبات فلا يجوز الالتجاء إليها إلا عند الإنكار فإذا أقر الخصم بالجلسة.. فإنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم عن الواقعة التي أقر بها. (١٠).

- اليمين التي يواجهها الخصم للوارث أو يردها عليه عن تصرف لمورثه ، تعلقها بعدم علم الوارث بالتصرف دون تتجاوزها إلى واقعة شخصية للوارث ، حسم اليمين للنزاع شرطه تعلق موضوعها بواقعة شخصية م ١١٥ إثبات ، توجيه اليمين إلى الغير لا أثر له في حسم النزاع. (١١).

- إن كانت اليمين الحاسمة ملك للخصم إلا أن على القاضي أن يمتنع عن توجيهها إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها ومن صور التعسف ما أورده المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى تعليقا على نص المادة ٤١٠ منه المقابل

(٧) الطعن رقم ١٠٣ سنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٦/١.

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ٦٢٠ قاعدة ١٦٨٣، ص ٦٢٢ قاعدة ١٦٩١.

(٨،٩) (طعن رقم ٤٢٣ سنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/١٢).

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ص ٦٢٣ - ٦٢٥ قاعدة ١٦٩٤ - ١٧٠٢.

(١٠) الطعن ٤٢٣ سنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/١٢.

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ص ٦١٦ قاعدة ١٦٧١.

(١١) الطعن رقم ١٣٦٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٣/١/٢٦.

لنص المادة ١١٤ من قانون الإثبات على أنه «والواقع أن من المروءات والذمم والعقائد الدينية ما قد يتيح لسيء النية استغلال حرص خصمه على قضاء واجب أخلاقي أو ديني ولذلك رؤى تضمين النص حكماً يعين على تحامي مثل هذا الاستغلال (١٢)

- اليمين المتممة إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحرى الحقيقة لتستكمل به دليلاً ناقصاً في الدعوى وهذه اليمين وإن كانت لا تحسم النزاع إلا أن القاضي بعد حلفها أن يقضى على أساسها باعتبارها مكملة لعناصر الإثبات الأخرى القائمة في الدعوى ليبني على ذلك حكمه في موضوعها أو قيمة ما يحكم به. (١٣)

(١٢) الطعن رقم ٨٢٢ لسنة ٧١ ق - جلسة ٢٧/٥/٢٠٠٢

(١٣) الطعن رقم ٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ٢٧/٢/١٩٧٣

مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ص ٦٢٦ - ٦٢٨ قاعدة ١٧٠٦ - ١٧١٤

الفصل الثالث

كيفية عرض اليمين

قال فى الهداية وشرحها ما خلاصته: ينبغى للقاضى أن يقول للمدعى عليه إنى أعرض عليك اليمين ثلاث فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما إدعاه. هذا الإنذار لإعلانه بالحكم. إذ هو موضع خفاء لكونه مجتهداً فيه فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات ولم يحلف قضى عليه بالنكول. وهذا التكرار ذكره الخصاص رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة فى إبلاء الأعذار فهو للاحتياط.

إذ المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز وهو الصحيح. وقيل لو قضى بالنكول بعد العرض مرة لا ينفذ وهذا غير صحيح. لكن الأولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات وصورة ذلك كما فى العناية أن يقول القاضى للمدعى عليه احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شىء منه، فإن نكل يقول له ذلك ثانياً فإن نكل يقول له بقيت الثالثة ثم أقضى عليك إن لم تحلف ثم يقول له ثالثاً فإن نكل قضى عليه بدعوى المدعى.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الرابع

النكول عن اليمين

القضاء بالنكول (١) هو فى الحقيقة من القضاء بالقرائن (أنظر تبصرة ابن فرحون وظفر اللاضى).

واعتبر أبو حنيفة النكول بذلا.

واعتبره الصحابان اقرارا أى بدلا عن الاقرار وقائما مقامه فى قطع الخصومة واستدلا على ما ذهبوا إليه بأن النكول عن اليمين يدل على أن الناكل كاذب فى انكاره السابق ومقر فى المعنى بما إدعاه المدعى ولولا ذلك لما نكل، لأن اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وفيها صيانة مال الخالف وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه، والعاقل يميل إلى مثل هذا طبعاً. واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس، فالظاهر أنه أعرض عنها مخافة الهلاك مخالفاً هواه وشح نفسه، ومؤثراً الرجوع إلى حق وهو أولى من التماضى فى الباطل. ولا وجه لحمل النكول على البذل لأن النكول يصح ممن لا يصح منه البذل كالمكاتب والعبد والمأذون له فى التجارة، ويصح فى الدين ولا يجوز بذله. ويجب على القاضى أن يقضى به ويصح ايجابه فى الذمة ابتداء ولو كان بذلا لما صح ولا وجب. وكذا يجب القصاص به فيما دون النفس ويصح فى الشائع فيما يقبل القسمة (أنظر كتاب الهبة) ولو كان بذلا لما صح ولا وجب فتعين أن يكون إقراراً أو بمنزلة الاقرار أى بدلا عنه أهـ.

وقال أبو حنيفة: حمل النكول على البذل أولى من حمله على الاقرار لأننا لو

(١) أصل معنى النكول مهابة الشيء والخوف منه يقال نكل إذا أراد أن يصنع شيئاً فهابه وتقول نكل عنه ومنه من باهى نصر وضرب نكولا ونكل من باب علم نكلا ونكولا أى نكص وجبن ومنه نكل عن العدو وعن اليمين وعن الجواب فكان المدعى عليه إذا وجهت إليه اليمين وخشى عاقبة الحلف بها هابها وامتنع منها فهذا هو النكول.

حملناه على الإقرار لكذبناه في انكاره السابق. ولو جعلناه بذلاً لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى صيانة للمسلم من أن يظن به الكذب ولو كان النكول إقراراً لجاز مطلقاً بدون القضاء ولكنه لا يجوز إلا في مجلس القضاء إتفاقا. وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقر به فلان فادعى المكفول له على فلان ديناً فاستحلفه فنكل لا يجب على الكفيل شيء، ولو كان إقراراً لوجب عليه (٢) وإنما جاز النكول من المكاتب والعبد المأذون له لأن فيه ضرورة فيدخل تحت الإذن له بالتجارة كما تدخل الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة للضرورة، إذ لا بد للتجارة من ذلك. وإنما جاز في الدين بناء على دعوى المدعى، ومعنى البذل ترك المنع، وترك المنع جائز في المال، لأن أمر المال هين بخلاف النفوس والأعراض إذ ترك المنع فيها غير جائز لامتناع إباحتها وإنما وجب على القاضى أن يقضى بالنكول لأنه ليس بذلاً صريحاً بل هو بذل بحكم الشرع فلا بد من القضاء قطعاً للمنازعة وإنما صح إيجابه في الذمة ابتداء بناء على زعم المدعى أنه محق وأن معنى البذل ترك المنع، وإن قلنا إنه بذل حقيقة فالمال يجب فيه في الذمة ابتداء كالكفالة والحوالة. وإنما وجب القصاص به فيما دون النفس لأن ما دون النفس يسلك فيه مسلك الأموال فيجوز بذله إذا كان مفيداً، ألا ترى أنه يجوز قطع يده المتأكلة لأجل الفائدة بسلامة الجسم كله، فكذا يجوز بذلها لدفع الخصومة عن نفسه (أنظر الهداية وتكملة الفتح) وإنما يجوز في مشاع يحتمل القسمة لأنه ليس ببذل صراحة وإنما صار بذلاً في المعنى، أى أنه ترك منع المدعى والأعراض عن منازعته فيما يدعيه فلم يكن هبة حقيقة حتى يمنع في المشاع المذكور. والحاصل أن النكول يجوز حمله على البذل ويجوز حمله على الإقرار لكن حمله على البذل أولى لأن في ذلك صيانة للمسلم عن الكذب مع الوصول إلى المطلوب من قطع الخصومة.

ولاشك أن نظر أبى حنيفة في هذه المسألة نظر دقيق، لكن فيه تعسفاً في تأويل

(٢) وأجاب صاحبان عن هذا بأن النكول بدل عن الإقرار في قطع الخصومة فلا يترتب عليه كل ما يترتب

على الإقرار لأن بدل الشيء لا يساويه من كل وجه.

بعض الصور وما ذهب إليه صاحبان هو الأظهر ولا تكلف فيه.

وقال الشافعى رحمه الله: إن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة (كما هو الشأن فى المسلم) ويحتمل الترفع عن اليمين الصادقة - كما صنع عثمان رضى الله عنه لما وجهت إليه اليمين فامتنع عنها وقال: أخاف أن يوافقها قضاء فيقال: إن عثمان حلف كاذباً. ويحتمل أيضاً اشتباه الحال بالألا يدري أنه صادق فى انكاره فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع. ويظهر هذا ظهور بينا فيما إذا كان بين المتداعيين تعامل وحساب جار طال عليه الزمن. وإذا كان الأمر كذلك فلا يصح أن يكون نكول المدعى عليه حجة مع هذا الاحتمال بل ترد اليمين على المدعى فإذا حلف قضى له بما إدعاه. وقول مالك رحمه الله فى هذا كقول الشافعى (أنظر التبصرة) وسترى الكلام فى رد اليمين فى الفصل السادس الآتى.

ولما كانت فائدة الاستحلاف هى القضاء بالنكول، وكان النكول محمولاً على البذل عند أبى حنيفة رحمه الله لذلك المقصد النبيل الذى ذكره، وقائماً مقام الاقرار عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على ما هو المتبادر منه ظاهراً، وكان بعض الأشياء لا يصح فيها البذل، وبعض الدعاوى لا تثبت باقرار فيه شبهة لأن الحكم فيها يندرى بالشبهات - لما كان الأمر كذلك اختلف الامام وصاحباه فى أحكام بعض المسائل، واتفقوا فى أحكام بعضها مع اختلاف وجهتى النظر على ما سترى.

(أ) فى دعاوى الأموال وما فى حكمها كالحقوق يصح التحليف على قولهم جميعاً لأنها من جهة يصح فيها البذل، ومن جهة أخرى تثبت بالإقرار مطلقاً.

(ب) فى الحدود واللعان لا يستحلف المنكر اتفاقاً، أما على قوله فلأن البذل لا يصح فى شىء منها، وأما على قولهما فلأن النكول اقرار فيه شبهة لأنه هو فى نفسه سكوت أو تصريح بالامتناع عن اليمين، والحدود تندرى بالشبهات، واللعان فى معنى الحد، لأنه قائم مقام حد القذف فى حق الزوج حتى أن كل قذف يوجب حده على الأجنبى إذا قذف الأجنبىات فكذلك يوجب اللعان على الزوج، وقائم

مقام حد الزنا فى حق المرأة على ما هو مقرر فى باب اللعان. وصورة ذلك أن يدعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود فينكر المدعى عليه، وأن تدعى على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان والزواج ينكر ذلك.

(ح) فى الأشياء التى تثبت بالإقرار لكن لا يصح فيها البذل يستحلف المنكر على قولهما ولا يستحلف على قوله. وهى سبعة بالاستقراء وهى: النكاح، والرجعة، والفىء فى الإيلاء، والرق، والنسب، والاستيلاء والولاء. والفتوى على قولهما كما فى الكنز وغيره وقيل ينبغى للقاضى أن ينظر فى حال المدعى عليه فإن رآه متعتا يحلفه أخذا بقول صاحبين وأن رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول الامام، على نحو ما قيل فى التوكيل بالخصومة. أنظر تكملة الفتح. وصورة ذلك: أن يدعى رجل على امرأة أنها زوجته، أو تدعى هى عليه أنه زوجها. فإن كانت المرأة هى المدعية وأراد القاضى أن يحلفه فإنه يحلفه بالله ما هذه امرأتك بهذا النكاح الذى أدعته، وإن كان الزوج هو المدعى تحلف بالله ما هذا زوجك على ما أدعى. هذه صورة دعوى النكاح والتحليف فيها. ولتبع فى كل دعوى من الدعاوى الآتية ما يناسبها من التحليف على الحاصل أو السبب مما ستراه موضحا فى موضعه. وأن يدعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه راجعاً أو تدعى هى ذلك. وأن يدعى بعد انتهاء مدة الإيلاء أنه فاء إليها أو تدعى هى عليه ذلك وأن يدعى على مجهول النسب أنه عبده أو أنه ابنه هو كان يولد مثله لمثله. أو يدعى عليه ذو النسب المجهول أنه سيده أو أبوه وأن يدعى على شخص أنه مولاه معتقه أو بالعكس. وأن تدعى على مولاها أنها ولدت منه ولدا وادعاه والمولى ينكر ذلك، ولا يجرى فى هذا العكس لأن لو أدعى الولد ثبت الاستيلاء باقرار ولا يلتفت إلى انكارها. وقد عد بعضهم هذه الأشياء ستة بادخال الاستيلاء فى النسب. وأن من أدعى قصاصا على غيره استحلف المدعى عليه بالإتفاق غير أنه إذا نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص على قول أبى حنيفة، لأنه بذل وبذل ما دون النفس

جائز كما تقدم آنفا. وأما على قولهما فلا قصاص بل يلزمه الإرش لأن النكول عندهما اقرار فيه شبهة كما تقدم وإن كان النكول فى النفس حبس حتى يحلف أو يقرب على قول أبى حنيفة لتعذر القضاء بالنكول على مذهبه إذ النفس لا يصح فيها البذل، فلو قال لرجل اقتلنى فقلته فعلى القاتل القصاص على رواية أو الدية على رواية أخرى، بخلاف ما إذا قال له اقطع يدى فقطعها فلادية ولا قصاص، وإن كان هذا لا يباح لغير حاجة كقطع اليد للأكلة وقطع السن للوجع. وعلى قولهما عليه الدية لأنها اقرار فيه شبهة (أنظر الهداية والعناية وتكملة الفتح).

ومما يتفرع على ما تقدم أن السارق يستحلف عند عدم البينة فإن نكل ضمن ولا يحد لأن المنوط بفعله شيئان أولها ضمان المال وهذا يصح فيه البذل والاقرار، وثانيهما الحد وهو لا يثبت بالنكول على كلا القولين. وإذا إدعت المرأة طلاقاً قبل الدخول استحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر اتفاقاً لأن المقصود من هذه الدعوى المال، وأما النكاح فلا يثبت على قوله خلافا لهما (أنظر الهداية وتكملة الفتح) وأنه إذا إدعى رجل على رجل أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا فى يد المدعى عليه فإنه يستحلف بالاتفاق فإن حلف برىء وإن نكل يقضى عليه بالمال دون النسب ومثله ما إذا إدعى على موسر أنه أخوه وأن نفقته واجبة عليه فأنكر المدعى عليه الاخوة فإنه يستحلف بالاجماع فإن نكل يقضى بالنفقة دون النسب وكذا إذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له أنت أخى يريد بذلك إبطال حق الرجوع فإنه يستحلف بالاجماع فإن نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب، وأنه إذا إدعت امرأة حرة الأصل صبييا لا يعبر عن نفسه كان فى يد رجل التقطه إنه أخوها وأنها أولى بحضانتها فإنه يستحلف بالاجماع فإن نكل ثبت لها حق نقل الصبى إلى حجرها دون النسب وذلك أن المقصود بالدعوى فى هذه المسائل المذكورة إنما هو الحقوق دون النسب. وإنما يستخلف فى النسب المجرد على قول صاحبين إذا كان يثبت النسب باقراره كالأب والابن على ما قدمنا.

ونقل فى تكملة الفتح عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده: إن الأصل فى هذا

الباب أن المدعى قبله النسب إذا أنكر هل يستحلف؟ إن كان بحيث لو أقر به لا يصبح اقراره عليه فإنه لا يستحلف عندهم جميعا لأن اليمين لا تفيد فإن فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا أو اقرارا فيقضى عليه، فإذا كان لا يقضى عليه لو أقر فإنه لا يستحلف عندهم جميعا. وإن كان المدعى قبله بحيث لو أقر لزمه ما أقر به فإذا أنكر هو يستحلف على ذلك؟ فالمسألة على الاختلاف: عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فإن حلف برىء وإن نكل عن اليمين لزمته الدعوى. فعلى هذا الأصل تخرج مسائل الباب أهـ.

تتمة (١) هل يفترض القضاء فور النكول أى عقبة من غير تراخ؟ (٣) فى المسألة خلاف قال فى الدر إنه لم ير فى ذلك ترجيحاً. وقد حكى فى تكملة الفتح أن فيه اختلافا ولم يذكر الترجيح أيضا.

(٢) تقبل البينة بعد القضاء بالنكول، فلو نكل المدعى عليه عن اليمين وقضى عليه بالنكول ثم جاء المدعى بالبينة فإنه يقضى بها كما يقضى بها بعد الاقرار وفائدة قبولها بعد لزوم حق المدعى بالقضاء تعدية الحكم إلى غيره (أنظر ما تقدم فى آخر الإقرار من سماع البينة بعد الإقرار).

(٣) قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف فلا يلتفت إليه، والقضاء على حاله لأنه أبطل حقه بالنكول فلا ينقضى القضاء. وإنما قيدنا بالقضاء لأنه لو نكل ثم أراد أن يحلف بعد نكوله قبل القضاء جاز ذلك وقبل منه لأن النكول لا يصير حجة

(٣) مادة ١١٨ اثبات «كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه».

- مادة ١٣٩ مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية إذا عجز المدعى عن إثبات دعواه وطلب تخليف خصمه فحلفه أو نكل حكم بمقتضى الحكم أو النكول».

- مادة ١٤٠ مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية «إذا كلف القاضى من توجه إليه اليمين، فى الدعاوى المتعلقة بالمعاملات، باليمين ونكل عنها صراحة بقوله لا أحلف أو دلالة بالسكوت بلا عذر حكم القاضى بنكولة وإذا أراد أن يحلف بعد الحكم فلا يلتفت إليه ويبقى الحكم على حاله».

ملزمة إلا إذا اتصل به القضاء، ولو كان حلفه بعد العرض ثلاثاً أقول: وهذه جهة أخرى لضعف النكول لأن المدعى عليه يملك إبطاله قبل القضاء مع أنه لا يملك إبطال الإقرار الصادر عنه .

(٤) لو أَدعى على آخر دينا مؤجلاً فأنكر لا يحلف على الدين المؤجل في أظهر القولين (هكذا في البحر) وعلله الحموى بأنه قبل حلول الأجل لا تسوغ له المطالبة به حتى يترتب على انكاره التحليف (أنظر حاشيته على الاشباه).

وجرى قضاء محكمة النقض على أن ..

- يجب في حالة صدور حكم اليمين في غيبة المكلف بالحلف أن يعلن بالجلسة المحددة للحلف على يد محضر إعلاناً صحيحاً أما إذا لم يتم إعلان بتلك الجلسة فإنه لا يصح الحكم عليه على اعتبار أنه ناكل عن اليمين. (١)

النكول وحده ليس حجة للمدعى عند بعض الأئمة كالشافعى لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردّها على خصمه وإلا اعتبر ناكلاً، ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهه، فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر للحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة، وفي اليوم الذي حددته، فإن حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلاً كذلك»

- من المقرر أن الحكم الصادر بناء على النكول عن اليمين له قوة الشيء المقضى فيه ولا يقبل الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن فى الأحكام مالم يكن الطعن مبنياً على مدى جواز اليمين أو تعلقها بالدعوى أو بطلان فى الإجراءات الخاصة بتوجيهها أو حلفها. (٢)

(١) (الطعن رقم ١٤١ سنة ٢٦ ق جلسة ٩/١١/١٩٦١).

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٢٣ قاعدة ١٦٩٢.

(٢) الطعن رقم ٣٤٠ سنة ٤٥ ق جلسة ٢٥/٣/١٩٨٠

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٢٣ - ٦٢٥ قاعدة ١٦٩٤ - ١٧٠٢.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الخامس

افتداء المنكر يمينه

والمصالحة عنها

من ادعى على آخر مالا فنكره فطلب يمينه فإفادها أو صالحه عنها على مقدار من المال جاز ذلك (١).

قالوا والافتداء يكون بمال مثل المدعى أو أقل منه.

وأما الصلح عن اليمين فإنما يكون على مال أقل من المدعى في الغالب لأن الصلح ينبيء عن الخطيئة. وكلاهما مشروع.

وقد إفتدى عثمان رضى الله عنه يمينه على ما سيأتى في (فصل رد اليمين). وإذا إفتدى يمينه أو صالح عنها فقد سقط حق المدعى في تلك اليمين فليس له أن ينقض ما حصل ويستحلف المدعى عليه ثانياً لأن الساقط لا يعود. (أنظر الهداية وشروحها).

(١) مادة ١٣٨ مشروع قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية «من إفتدى يمينه أو صالح عنه بمقدار من المال سقط حق المدعى في تلك اليمين»

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل السادس

رد اليمين

تقدم أنه إذا لم يكن للمدعى بينة يحلف المدعى عليه فإن نكل قضى عليه بنكوله عند أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله.

وأما عند الشافعي فلا يقضى بالنكول بل ترد اليمين على المدعى فإن حلف قضى له وإن نكل لا يقضى له بشيء (١).

وهذه مسألة اليمين المردودة.

وسترى فيما نذكره هنا أن للفقهاء في هذا المقام أربعة آراء.

الأول مذهب أبي حنيفة وأصحابه.

قال في التبيين: ولا ترد يمين عنلى مدع، لقوله عليه الصلاة والسلام: لو أعطى الناس بدعواهم (الحديث) جعل جنس الأيمان على المنكر لأن الألف واللام للاستغراق وليس وراءه شيء آخر حتى يكون على المدعى. ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام «الأئمة من قريش» ولقوله عليه الصلاة والسلام: البينة على المدعى (الحديث) قسم بينهما والقسمة تنافى الشركة. وفيه الألف واللام.

أيضا تدل على ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين، ولهذا لا تقبل بينة ذى اليد (أقول انظر دعوى الرجلين) ولا يقال إنما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرت أن لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعى، وليس كذلك بل كل واحد منهما مدع ومنكر لأنه يقول: هو لى. ويقول لصاحبه: هو ليس لك لأننا نقول: المعتبر فيه المقصود ومقصود الخارج إثبات الملك لنفسه، والنفى يدخل ضمنا وتبعا ومقصود ذى اليد نفية. ولهذا يقول الخارج أو ما ينطق. هو لى. ويقول ذو اليد: ليس

(١) مادة ٢/١١٤ أثبات «ولن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، على أنه لا يجوز الرد إذا انصب

اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين».

لك. فالأول هو المعتبر: فسمى كل واحد منهما بأول ما يصدر منه اعتبارا للقصدى دون الضمنى أهـ.

وروى شيخ الإسلام خواهر زاده فى مبسوطه عن عمر وعثمان وعلى وعبدالله بن عمر وابن عباس وأبى موسى الأشعرى رضى الله عنهم أنهم قضوا بالنكول، روى ذلك عنهم بالفاظ مختلفة. ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع (حاشية الزيلعى) وروى عن عمر رضى الله عنه أن امرأة ادعت عنده على زوجها أنه قال لها حبلك على غاربك، فحلف عمر الزوج ما أردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة (زيلعى) وروى مالك أن عبدالله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعة بالبراءة من كل عيب، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر بعد أن قبض الغلام: أن بالغلام داء، فقال عبدالله إنى بعته بالبراءة. فقضى عثمان على عبدالله باليمين أن يحلف له لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه، فأبى عبدالله أن يحلف له فحكم عليه عثمان بنكوله، فارتجع الغلام ورد الثمن. (الطرق الحكمية)

الثانى مذهب الشافعى ومن وافقه (٢)

وهاك جملة ما يستدل لهم به.

(١) روى الدارقطنى من حديث نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق. ورواه أيضا البيهقى والحاكم فى المستدرک وروى أبو عبيد عن الشعبى أن المقداد استسلف من عثمان سبعة آلاف درهم فلما قضاها أتاه بأربعة آلاف فقال عثمان أنها سبعة فقال المقداد ما كانت إلا أربعة. فلم يزاها حتى إرتفعا إلى عمر فقال المقداد يا أمير المؤمنين ليحلف أنها كما يقول وليأخذها. فقال عمر أنصفك. أحلف أنها كما تقول وخذها أهـ. (وزاد فى تكملة الفتح على

(٢) ممن قال برد اليمين من أئمة الفقه مالك والأوزاعى وإبراهيم النخعى وابن سيرين وكان شريح يقضى به رحمهم الله أجمعين (أنظر الطرق الحكمية).

ذلك: فلم يحلف عثمان رضى الله عنه. فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر أنها كانت سبعة آلاف قال ما منعك أن تحلف فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة. قال قاضى زاده فيكون هذا دليلا للشافعى على جواز رد اليمين على المدعى، وأجاب عن ذلك بأن المقداد كان يدعى الإيفاء على عثمان أهـ. وانظر جملة ما نقله فى هذه المسألة) قال أبو عبيد: فهذا عمر قد حكم برد اليمين ورأى المقداد ذلك ولم ينكره عثمان، فهؤلاء ثلاثة من أجلاء الصحابة قالوا برد اليمين. وروى عن على رضى الله عنه أنه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه. وروى عن شريح أنه كان يقضى برد اليمين فإذا قضى على المدعى عليه باليمين أى قال له أحلف فردها على الطالب فلم يحلف لم يعطه شيئا (أنظر الطرق الحكمية).

(٢) الشارع قد شرع اليمين مع الشاهد الواحد (على ما سيأتى قريبا) فلم يكتف فى جانب المدعى بالشاهد وحده حتى أتى اليمين تقوية لشاهده ونكول المدعى عليه أضعف من شاهد المدعى فهو أولى أن يقوى بيمين الطالب، فإن النكول ليس بينه ولا اقرار، وهو حجة ضعيفة فلم يقو على الاستقلال بالحكم، فإذا حلف المدعى قوى جانبه. فاجتمع النكول من المدعى عليه واليمين من المدعى فقام مقام الشاهدين أو الشاهد واليمين (أنظر الطرق الحكمية) أقول أن الحنفية لا يقولون بالشاهد واليمين فلم يتم الزامهم بهذا.

(٣) اليمين إنما وجبت فى الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له فإذا نكل كان الظاهر شاهدا للمدعى فيحلف لأنه صار من هذه الحيشة منكرا لتمسكه بالظاهر (أنظر التبيين وحاشية العناية) وأجيب عن هذا بأنا لا نسلم صيرورة المدعى منكرا من حيشة النكول إذ يلزم منه عدم تعيين المدعى والمنكر، وعدم لزوم اليمين على معين، ويلزم التسلسل فى رد اليمين، وكل ذلك باطل فكذا ما يؤدى إليه (أنظر تكملة الفتح).

(٤) - النكول يحتمل أن يكون لأجل اشتباه الحال أو لأجل التورع عن اليمين الكاذبة أو لأجل الترفع عن اليمين الصادقة كما فعل عثمان رضى الله عنه، وإذا كان

النكول كذلك فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضى به، وأجيب عن هذا بأن اليمين واجبة لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من انكر، وبها يدفع الضرر عن نفسه، والعاقل الدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه التي يحتملها النكول، أما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ ليس بأمر ضرورى أصلاً حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن نفسه، وأما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلأنه لا يترك الواجب بل يعطى خصمه حقه فيسقط الواجب عن عهده، وأما باشتباه الحال فلأن من يشبهه عليه الحال لا يترك الواجب عليه بل يتحرى فيقدم على إقامة الواجب أو يعطى حق خصمه (أقول لا يخفى ما فى الجواب الأخير من الضعف) واذا لم يبق الا أن نعتبر الناكل إما باذلاً على ما ارتاه أبوحنيفة أو مقرأً على ما ذهب اليه الصحابان وعلى كل فانه يقضى عليه بنكوله (أنظر تكملة الفتح).

(٥) — المنكر لما طلبت منه اليمين التى هى واجبة عليه شرعاً ولا يندفع عنه الحق الا بفعلها قد رضى لنفسه بأن يحلف المدعى بأن هذا الأمر الذى ادعاه ثابت على المنكر وقنع بذلك وزحزح اليمين المتوجهة عليه بهذا الرد، فاذا حكم على المدعى عليه بهذه اليمين التى يحلفها المدعى فذلك لكونه قد رضى بها عوض اليمين التى عليه، والزم نفسه بالمدعى اذا حلف المدعى وللانسان ان يلزم نفسه ما شاء بما شاء أهـ .

أقول وهذا وجه قوى وهو فى الحقيقة فى معنى المصالحة عن اليمين (وانظر ظفر اللاضى).

الثالث: بقى الكلام فى الأدلة التقلية التى أوردها الطرفان ، والذي حققه شيخ الاسلام ابن تيمية ان النكول وحده يقضى به فى مواضع ورد اليمين لابد منه فى مواضع اخرى فاليمين لا ترد على المدعى الا اذا كان عالماً بما يدعيه قطعاً بأن يكون مدعياً بفعل نفسه لا بفعل غيره، أو يكون مدعياً على نفسه لا على مال غيره ، وهذا هو المذهب الثالث.

وهاك ما قاله ابن القيم نقلاً عنه من كتابة الطرق الحكمية: قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله ورضى عنه: ليس المنقول عن الصحابة رضى الله عنهم فى

النكول ورد اليمين بمختلف، بل هذا له موضع وهذا له موضع ففي كل موضع أمكن المدعى معرفة المدعى والعلم به فردت عليه اليمين من المدعى عليه فانه ان حلف استحق وان لم يخلف لم يحكم له بنكول المدعى عليه وهذا كحكومة عثمان والمقداد فان المقداد قال لعثمان احلف أن الذي دفعته إلى كان سبعة آلاف وخذها، فإن عثمان يمكنه معرفة ما ادعاه والعلم به كيف وقد ادعاه بالفعل، فاذا لم يحلف المدعى لم يقض له الا بيينة أو اقرار، وفي كل موضع لا يعلم المدعى جليلة الأمر فيما يدعيه بل المدعى عليه هو المنفرد بمعرفته فانه اذا نكل عن اليمين حكم عليه بالنكول ولم ترد اليمين على المدعى، كحكومة عبدالله بن عمر وغريمه في مسألة بيع الغلام، فان عثمان قضى عليه أن يحلف لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه، وهذا يمكن أن يعلمه البائع فانه انما استحلقه على نفى العلم فلما امتنع عن هذه اليمين قضى عليه بنكوله اذ لم تبق حاجة لرد اليمين على المدعى، قال: وعلى هذا اذا وجد بخط ابيه في دفتره أن له على فلان كذا وكذا فادعى به عليه فنكل وسأل احلاف المدعى أن أباه اعطاني هذا أو أقرضني أبوه هذا لايجاب الى طلبه لأن المدعى عليه هو الذي يتفرد بعلم ذلك. ولو ادعى عليه أن زيدا أحالني عليك بمائة فأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين وقال للمدعى أنا لا أعلم أن فلاناً أحالك على، ولكن احلف وخذ، فها هنا ان لم يحلف لايحكم بالنكول عليه بل لابد من رد اليمين أ. هـ قال ابن القيم: وهذا الذي اختاره شيخنا رحمه الله هو فصل النزاع في النكول ورد اليمين، انتهى بشيء من الايضاح، ولاشك أن هذا تفصيل حسن ونظر دقيق، وانظر ظفر اللاضي فقيه نظر اخر.

وثم رأى رابع وهو أن المدعى عليه اذا نكل أجبره الحاكم على اليمين شاء أم أبى بالضرب والحبس، ولا يقضى عليه بنكول ولا رد يمين، وهذا قول ابن حزم ومن وافقه من أهل الظاهر، واحتجوا بأنه لم يأت قرآن ولا سنة ولا اجماع بالقضاء بالنكول ولا باليمين المردودة (أنظر الطرق الحكيمة) ولاشك أن نظر هذه الطائفة قاصر (٣).

(٣) - أنظر المحلى ص ٣٧٢ وما بعدها جزء تاسع فقيه هذا المبحث مستوف جداً.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل السابع

ما يحلف به

وكيف يستحلف

اليمين تكون بالله عز وجل وكذا بأى صفة من صفاته كالرحمن والرحيم^(١)
[انظر تكملة رد المحتار].

واستدل عليه فى الهداية بقوله عليه الصلاة والسلام «من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر» وقوله عليه الصلاة والسلام «من حلف بغير الله فقد أشرك» وفى التبيين أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع عمر وهن يحلف بأبيه فقال: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت» رواه البخارى ومسلم وأحمد وفى لفظ: قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من كان حالفا فلا يحلف إلا بالله أو ليصمت» وكانت قريش تحلف بأبائها فقال «لا تحلفوا بأبائكم» رواه أحمد ومسلم والنسائى وعن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تحلفوا إلا بالله ولا تحلفوا إلا وأنتم صادقون».

وقد تؤكد اليمين بذكر أوصافه تعالى كأن يقول: واللله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان على ولا قبلى هذا المال الذى ادعاه هو كذا وكذا ولا شىء منه. وذلك لأن أحوال الناس شتى: فمنهم من يمنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك، وله أن يزيد على هذا إن شاء وله أن ينقص عنه إلا أنه يحتاط ويحترز عن عطف بعض الأسماء على بعض كيلا تتكرر عليه اليمين، ولو أمر بالعطف

(١) مادة ١٢٧ اثبات «تكون حلف اليمين بأن يقول الحالف (أحلفه) ويذكر الصيغة التى أقرتها المحكمة».

مادة ١٢٨ اثبات «من يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة فى ديوانته إذا طلب ذلك».

وجاءت المادة ١٣٢ من مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية بفقرتها مطابقة للمادتين ١٢٧، ١٢٨ اثبات.

فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها ولو لم يغلف جاز، وقيل لا يغلف على المعروف بالصلاح ويغلف على غيره، وقيل يغلف فى الخطير من المال دون الحقير. ولو غلف عليه فحلف من غير تغليف ونكل عن التغليف لا يقضى عليه بالنكول لأن المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل (٢) ولا يغلف على المسلم بزمان ولا مكان (٣).

ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لمخالفة ذلك للحديث. قال صاحب الهداية: وقيل فى زماننا إذا الح الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق. قال قاضى زاده: يرد على قول صاحب الهداية أنه تعليل فى مقابلة النص فلا يصح. ثم نقل عن قاضى خان أن المدعى إذا أراد تحليف المدعى عليه بالطلاق والعتاق ففى ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى إلى ذلك لأن التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام، وبعضهم جوز ذلك فى زماننا والصحيح ظاهر الرواية أهـ. ثم قال قاضى زاده -بعد عدة نقول عن المشايخ: أقول قد تلخص من هذه المذكرات كلها أن للقاضى أن يحلف بالطلاق والعتاق عند الحاح الخصم، وأن يفتى بجواز ذلك إن مست الضرورة، ولكن ليس له أن يقضى بالنكول عنه، فإذا لم يجز القضاء بالنكول كما ذكر فكيف يجوز التحليف أهـ. ولم

(٢) قال فى تبصرة ابن فرحون: لو اقتصر على قوله والله أو قال والله الذى لا إله إلا هو فقال أشهب بعدم الاجزاء فيهما وقال اللخمي مقتضى النظر أنها يمين مجزئة لأنها منعقدة وتجب بها الكفارة أهـ (وانظر بقية البحث فيه).

(٣) قيل لا يجب وقيل لا يستحب وقيل لا يشرع، وظاهر ما فى الهداية أن المنفى هو وجوب التغليف بهما فيكون مشروعاً، وظاهر ما فى المحيط أن المنفى كونه سنة وقال فى موضع آخر بعدم مشروعيته (وتمام البحث فى تكملة رد المحتار، والتغليف بالزمان والمكان جائز عند الأئمة الثلاثة إن كان اليمين فى قسامة أو لعان أو مال عظيم فتكون فى مكة بين الركن والمقام وفى المدينة عند قبر النبى صلى الله عليه وسلم وفى بيت المقدس عند الصخرة وفى سائر المدن فى جوامعها فإن لم تكن فى مساجدها ويكون ذلك يوم الجمعة بعد العصر (انظر التبيين والمهذب والتبصرة) وعن أبى يوسف أنه يوضع المصحف فى حجر الحالف ويقرأ قوله تعالى: «ان الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلاً» الآية ثم يحلف [انظر رد المحتار].

يجب عنه بجواب، ومثله فى التبیین. وفى التنویر والدر وتكملة رد المحتار أن القاضى لو حلف المدعى علیه بالطلاق والعتاق فنكل لا ینفذ قضاؤه على رأى الأكثر، وقيل یمتبر نكوله ویقضی به لأن التحلیف انما یقصد لتسیجته وإذا لم یقض بالنكول فلا ینبغى الاشتغال به، وكلام العقلاء فضلا عن كلام العلماء العظام یصان عن اللغو أهـ. لكن المختار عدم القضاء بالنكول وأن الغرض من التحلیف بالطلاق ونحو تخويف المدعى علیه وطمأينة المدعى كما تقدم أهـ.

ونقل فى التبصرة عن ابن وضاح أنه قال لسحنون ان ابن عاصم یحلف الناس بالطلاق یغلظ علیهم بذلك، فقال ومن أين يأخذها؟ فقلت له من الأثر - یحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور - فقال مثل ابن عاصم یتأول هذا أهـ أقول وكذلك عند المالكية تحلیف الشاهد والتغلیظ علیه ولو بالطلاق إذا اتهمه القاضى وقد قدمنا ذلك فى كتاب الشهادة [انظر هذا البحث أيضا فى ظفر اللاضى].

ویستحلف الیهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى علیه السلام والنصرانى بالله الذى أنزل الانجیل على عيسى علیه السلام ویستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - فى الأصل. ویروى عن أبى حنیفة - رحمه الله - فى النوادر أنه لا یستحلف أحد إلا بالله خالصا. وذكر الخصاص - رحمه الله - أنه لا یستحلف غیر الیهودى والنصرانى إلا بالله وهذا اختیار بعض مشایخنا لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظیمها وما ینبغى أن تعظم بخلاف الكتابین لأن كتب الله معظمه، ویستحلف الوثنى بالله (انظر الهدایة) ولا یحلفون فى بیوت عبادتهم لأن القاضى لا یحضرها وهذا هو ظاهر بالمذهب وروى الحسن أن المدعى إذا سأل القاضى أن یبعث بالمدعى علیه إلى بیعة أو كنيسة لیحلف هناك فلا بأس أن یفعله إذا اتهمه [انظر تكملة الفتح] [وانظر التبصرة] وفيها: ومن الناس من لا یحلف بما یحلف به المسلم لأنه ینكر ما یقوله أهل التوحید ویحتجون أن لیس علیهم الخروج عن دینهم لیمین وجبت علیهم، فیحتاط حتى یقول ما لا یخرج به عن الشهادة بالحق ولا یحلف بما یخالف دین الإسلام. وقال فى مجوسية أسلم زوجها فلاعت فقالت: أقول والنار. فقال: لا تحلف إلا بالله أهـ.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الفصل الثامن

ما يحلف عليه

وتحته فرمان:

(الأول) فى التحليف عن البتات والتحليف على العلم
(والثانى) فى التحليف على الحاصل والتحليف على السبب:

الفرع الأول

التحليف على البتات والتحليف على العلم (١)

الضابط لهذا التحليف أنه إن كان على فعل نفسه فهو على البتات والقطع كأن يحلف بالله ما طلق زوجته أو ما اشترى أو ما باع أو ما كفل إلخ، وإن كان على فعل غيره يكون على العلم كأن يحلف بالله ما يعلم أن على مورثه الدين الذى يدعيه فلان ولا شىء منه. وذلك لأننا إذا حلفناه على فعل غيره يكون على البتات وهو لا يحيط علما بما فعل غيره فربما يمتنع عن اليمين مع كونه محققا فيما يقول فيتضرر فاكتفينا بتحليفه على العلم رفعا للحرج عنه حتى إذا امتنع عن الحلف فى هذه الحالة اعتبرناه بأذلا أو مقرا على ما تقدم. قالوا ومع ذلك إذا جازف وحلف على البتات اعتبرنا يمينه لأن البتات أكد من العلم، ولو تعين أن يحلف على البتات فحلف على العلم لا يعتبر ذلك ولا نسقط عنه اليمين، ووجهه ظاهر، وانظر الهداية وغيرها كذا ظفر اللاضى.

(١) مادة ٢/١١٥ اثبات «ويجب أن تكون الواقعة التى تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه،

فإن كانت غير شخصية له انصبت على مجرد علمه بها».

— مادة ١٣٥ مشروع قانون الالبات فى المواد المدنية والتجارية «إذا حلف أحد على فعله يحلف على البتات.

وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم».

الفرع الثانى

الحلف على الحاصل والتحليف على السبب

الضابط لهذا ان السبب اما أن يرتفع برافع أولا.

فإن كان لا يرتفع برافع فالتحليف يكون على السبب بالإجماع.

وإن كان يرتفع برافع فإن تضرر المدعى بتحليف المدعى عليه على الحاصل فكذلك، أى يحلف على السبب بالإجماع وإن لم يتضرر فعلى قول أبى حنيفة ومحمد يحلف المدعى عليه على الحاصل، وعلى قول أبى يوسف يحلف على السبب إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب، وهذا ظاهر الرواية، وعى أبى يوسف أنه ينظر إلى انكار المدعى عليه فإن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم (أى حكم العقد) يحلف على الحاصل. وقال فخر الإسلام يفوض الأمر إلى رأى القاضى.

إذا تقرر هذا فهاك ما يوضحه:

(١) إذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه فأنكر المولى حلفه القاضى على السبب فيقول بالله ما أعتقته وذلك لأن الرق لا يتكرر على العبد المسلم إذ لا يقبل منه إلا الإسلام أو يقتل إذا ارتد أو لحق بدار الحرب، بخلاف الأمة والعبد غير المسلم فإن الرق يتكرر عليهما بالردة بالنسبة للأمة المسلمة، والالتحاق بدار الحرب بالنسبة للعبد والأمة غير المسلمين، فالتحليف هنا على السبب بالإجماع لأنه لا يرتفع برافع.

(٢) إذا ادعت المبتوتة نفقة والزوج لا يراها (بأن يكون شافعيًا مثلاً) أو ادعى عليه شفعة بسبب الجوار والمشتري لا يرى ذلك حلفه القاضى على السبب بالإجماع لأنه لو حلف على الحاصل لصدق فى يمينه على اعتقاده فيتضرر المدعى وذلك بمنع النفقة عن المبتوتة وبعدم القضاء بالشفعة. وعلى ذلك يجب أن يقول بالله ما أبنتها ولا يقول بالله ما تستحق على نفقة -بالله ما اشتريت العقار الملاصق لعقار المدعى ولا يقول بالله ما يستحق المدعى على شفعة.

أقول ان لى ملاحظة على المثال الأول فإن المطلق إذا كان شافعيًا وقد أوقع الطلاق بلفظ من ألفاظ الكناية وكان من بعد الدخول وعلى غير مال ودون الثلاث فإنه رجعى على مذهبه، فلو حلف بالله ما أبانها كان صادقًا باعتبار مذهبه فينبغى استفسار المدعى ثم تحليف المدعى عليه على السبب أو الحصول بحيث لا يتضرر المدعى. وبالجمله فينبغى أن تلاحظ كل حادثة جزئية ملاحظة دقيقة.

(٣) إذا ادعى عليه البيع (مثلاً) فأراد القاضى أن يحلفه على السبب بأن قال له أحلف بالله ما بعته فقال المدعى عليه أيها القاضى ان الإنسان قد يبيع شيئاً ثم تقع الاقالة فيه. فحينئذ يلزم القاضى أن يحلفه على الحصول اجماعاً بأن يقول له قل بالله ما بيننا بيع قائم الآن. وهذا هو معنى التعريض.

(٤) إذا ادعى نكاحاً أو بيعاً أو غصباً أو بينونة أو نحو ذلك مما يقع ويرتفع: فعلى قول الطرفين يحلفه القاضى على الحصول فيقول له قل بالله ما بينكما نكاح قائم، وبيع قائم، وما يجب عليك رده. وما هى بائن منك الآن. ولا يقول له قل بالله ما تزوجت، ولا بالله ما بعته، ولا بالله ما غصبت، ولا بالله ما أبنت، وذلك لأن هذه الأشياء قد تقع ثم ترتفع برفع النكاح، والاقالة لرفع البيع، والهبة أو البيع (مثلاً) للمغضوب فيرتفع الغصب، والنكاح الجديد لرفع البينونة فلو حلفه على السبب تضرر المدعى عليه إذا كان السبب قد حصل ثم ارتفع فلأجل هذا يحلفه على الحصول.

وأما على قول أبى يوسف فإنه يحلفه على السبب في كل ذلك لأن اليمين حق المدعى فيحلف على وفق دعواه والمدعى هو السبب أي النكاح والبيع الخ بها الحكم أي ما يترتب على عقد النكاح والبيع الخ. لكن لو عرض المدعى عليه كما تقدم علم القاضى أن السبب ربما يكون الحاصل ثم ارتفع فلا يحلفه إلا على الحصول دفعاً للضرر عنه. والفتوى على قولهما.

والحاصل أن الأصل أن يكون تحليف المدعى عليه دائماً على نفى دعوى المدعى،

ثم قال أبو يوسف ان المدعى هو السبب (أى حصل كذا) فالتحليف يكون على نفى السبب (أى حصل كذا) وقال الطرفان ان المدعى هو الأثر المترتب على السبب بدليل أن المدعى يطالب المدعى عليه بتسليم المبيع إلخ. وهذا يستلزم قيام البيع (فعلا) الآن. فالمدعى فى المعنى هو الحاصل وإن كان المذكور فى الدعوى لفظ السبب.

ثم لاحظ كل من الفريقين على مذهبه شيئا فأبو يوسف لاحظ التعريض فجعل التحليف على الحاصل فى هذه الحالة منعا لضرر المدعى عليه، والطرفان لاحظا ضرر المدعى فى التحليف على الحاصل فى بعض الصور فجعلاه على السبب أهـ. وبهذا يكون الذى سقته هنا يتضح الموضوع ويظهر (وانظر العناية وتكملة الفتح).

هذا وقد ذكر فى شرح المادة (١٧٤٩) من المجلة صورا للتحليف على ما ذكرناه فى هذا الفصل من المفيد جدا الاطلاع عليها.

الفصل التاسع

مسائل متنوعة من الدر والتكملة

متصلة بما سبق

(أ) إذا اجتمعت دعاوى مختلفة تكفى فيها يمين واحدة، ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة. كما لو ادعى عليه دراهم ودنانير وعروضا وعقارا (مثلا) وأنكر المدعى عليه وأراد المدعى تحليفه فالقاضى يجمع الكل ويحلفه يمينا واحدة وبهذا جاءت المادة (٢٠٢) من اللائحة (١).

(ب) تجرى النيابة فى التحليف ولا تجرى فى الحلف، فلو كلاء الدعاوى أن يحلفوا الأخصام إذا فوض الموكلون إليهم ذلك. أما إذا توجهت اليمين إلى الموكل فإنه يلزمه أن يحلف هو بنفسه. ومثل الوكيل الوصى والمتولى وأبوالصغير فإنهم يملكون الاستحلاف ولا يحلف أحد منهم إلا إذا ادعى عليه العقد «كما تقدم». ومما يتفرع على هذا أنه إذا ادعى أحد على الميت مالا فله أن يحلف كل الورثة ولا يكتفى بيمين أحدهم لأن النيابة لا تجرى فى الحلف، ولو ادعى الورثة مالا لمورثهم على انسان وحلف أحدهم المدعى عليه عند القاضى كفى ذلك فليس لبقية الورثة أن يحلفوه لأن النيابة تجرى أى الاستحلاف (انظر المادة ٢٠٥) (٢).

(ج) اليمين تكون دائما على النفى حتى يتأتى بها الاستيعاب، وهى اما على نفى الفعل أو نفى العلم، واما على نفى السبب أو نفى الحكم كما قدمنا فى الفصل الثامن. وهذا عند أبى حنيفة وأصحابه وأما عند القائلين برد اليمين وبقبول الشاهد

(١) الغيت المادة ٢٠٢ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

تنص المادة ١٣٧ مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية «إذا اجتمعت دعاوى مختلفة يكفى فيها يمين واحدة على جميعها ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة».

(٢) الغيت المادة ٢٠٥ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وراجع ما تقدم.

الواحد مع يمين المدعى فتكون أيضا على الفعل. وكذا إذا حلف الشاهد فإنه يحلف على الوجود لا على العدم المحض.

(د) استحلاف الأخرس أن يقول له القاضى. عليك عهد الله إن كان لهذا عليك هذا الحق (مثلا) فيشير الأخرس برأسه أى (نعم) أو (لا).

ولا يستحلف بالله ما لهذا عليك حق لأن اشارة الأخرس المعروفة كعبارة الناطق، والقاضى لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك ألف درهم فقال نعم أولا، لا يكون يمينا، لأنه يصير كأنه قال له احلف فقال نعم، وذلك لا يكون يمينا، فكذا الأخرس. أما لو قال له عليك عهد الله فقال نعم يكون يمينا لأنه بمنزلة قوله على عهد الله (انظر حاشية التبيين) وفى المادة (٢٠٤) يعتبر فى حلف الأخرس ونكوله اشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة. فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها أ هـ (٣). ونقل فى الهندية عن الذخيرة أن المدعى عليه إذا كان أصم مع كونه أخرس، والقاضى يعرف أنه أصم فإن القاضى يكتب له ويأمره أن يجيب بالكتابة وإن كان لا يعرف الكتابة وله اشارة معروفة يؤمر بالاشارة ليجيب.

(هـ) إذا طلب ممن وجهت إليه اليمين أن يحضر إلى مجلس القاضى ليؤديها فلم يحضر وتكرر منه ذلك بعد اعلانه بالحضور مرتين ولم يبد عذرا شرعيا اعتبر ناكلا [انظر المادة ٢٠٠ فقرة أخيرة (٤)] وانظر التبصرة].

(و) برهن المدعى على دعواه فطلب المدعى عليه من القاضى أن يحلف المدعى على أنه محق فى الدعوى أو على أن الشهود محقون فى الشهادة لا يجيبه القاضى إلى ما طلب. قالوا لأنه خلاف الشرع.

(٣) الغيت المادة ٢٠٤ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

مادة ١٢٩ اثبات «يعتبر فى حلف الأخرس ونكوله اشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها».

وتضمنت المادة ١٣٣ مشروع قانون الاثبات والمواد المدنية والتجارية ذات النص.

(٤) الغيت المادة ٢٠٠ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ راجع ما تقدم.

(ز) اصطلاحاً على أن يحلف عند غير قاض ويكون بريئاً فهو باطل، لأن التحليف حق القاضي بطلب المدعى فلا عبرة ليمين ولا نكول عند غير القاضي. أنظر المواد ١٩٨ و ٢٠٠ (الفقرتين الأولى والثانية) و ٢٠١ من اللائحة (٥). لا يستحلف المنكر فى مسائل أوصلها فى رد المحتار إلى تسع وستين مسألة. وسنذكر أهمها هنا:

(١) إذا كان فى يد رجل شىء مالى فادعاه اثنان كل منهما أنه له فأقر به لأحدهما وأنكر للآخر لا يحلف لأنه لما أقر به لأولهما صار له «فى اعتقاد المقر» فإن نكل عن اليمين للثانى لا يصير للثانى لأنه يكون رجوعاً عن اقراره للأول. وكذا لو أنكر دعواهما جميعاً فحلف لأحدهما فنكل لا يحلف للآخر لأن نكوله بمنزلة بذله أو اقراره له. وقال فى الخانية مانصه: عين فى يد رجل ادعاه رجلان كل منهما على حدة فحلفه القاضى لأحدهما فنكل وقضى له. ثم أراد الآخر أن يحلفه - إن كان الثانى يدعى ملكاً مطلقاً أو يدعى الشراء من المدعى عليه لا يحلفه، لأن فائدة التحليف النكول، ولو نكل للثانى بعدما نكل للأول لا يصح نكوله للثانى على الأول فلا يبطل ذلك القاضى. ولو كان الثانى يدعى غصباً حلفه لأنه لو نكل للثانى يضمن له القيمة أه أقول: وعلى هذا يخرج جواب مسألة الودیعة التى فى آخر الودیعة من الكنز، وانظر التبيين.

(٢) ادعى أنه وكيل عن الغائب بقبض دينه وبإلخصومة فأنكر المدين المدعى عليه فلا يستحلف، لأنه لو نكل يلزمه دفع الدين للوكيل وربما كان فى هذا ضرر له لأن الموكل ربما أنكر الوكالة عند حضوره فيضیع على المدين مادفعه إلى الوكيل إذا هلك عنده بدون تعد ولا إهمال لأنه أمين على زعمه.

(٣) ادعى على رجل شيئاً وأراد استحلافه فقال المدعى عليه هو لابنى الصغير فلا يحلف لأنه لما أقر به للصبي ظهر أنه من مال الصبي ولا تتوقف صحة الاقرار على تصديقه فلا فائدة إذا فى تحليف الأب بعد هذا الاقرار. لأنه يحلف إذا على مال

(٥) الغیت المواد ١٩٨، ٢٠٠، ٢٠١ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

غيره، أو لأن نكوله رجوع عن اقراره، وكل ذلك لا يصح. وإذا يتحمل المدعى عبء
الاثبات.

(٤) اشترى أب لابنه الصغير داراً ثم اختلف مع الشفيع في مقدار الثمن فالقول
للأب بلا يمين، وذلك لأن الثمن مال الصبي فلا يستحلف الأب عليه.

(٥) إذا وهب لرجل شيئاً وأراد الرجوع فادعى الموهوب له هلاك الموهوب
فالقول قوله ولا يمين عليه لأن دعوى الموهوب له الهلاك اخبار منه بهلاك ملكه ومن
أخبر بهلاك شئ من ملكه فلا وجه لايجاب اليمين عليه فلو عين الواهب عيناً وقال:
هذه هي التي وهبتها لك لا ما ادعيت هلاكه وأراد استردادها وأنكر الموهوب له ذلك
فإنه يحلف.

(٦) إذا قال الواهب انى اشترطت العوض وقال الموهوب له لم تشترطه فالقول
له بلا يمين لأن الأصل في الهبة أن تكون بلا عوض.

(٧) إذا كانت التركة مستغرقة بديون جماعة بأعيانهم فجاء غريم آخر وادعى
على الوارث ديناً لنفسه لا يحلف الوارث لأنه لو أقر لا يقبل اقراره في حق الغرماء
المعينين للتهمة.

(٨) إذا كان الوارث صغيراً وادعى شخص ديناً على تركة المتوفى فلا يحلف
الصبي بل تؤخر اليمين حتى يدرك (وقد قدمت في كتاب الدعوى ما يتعلق بتحليف
الصبي).

(٩) رجل مات وترك ألف درهم وعليه لرجل ألف درهم فادعى انسان أن
الألف التي تركها الميت وديعة له عنده وأنكر الورثة والدائن دعواه فلا يمين عليهم
لأنه لا يفيد نكولهم إذ لا يصح اقرارهم أما الورثة فلأن الدين مقدم على حقهم في
الارث فلا ينفذ اقرارهم على الدائن. وأما الدائن فلأن حقه ليس في عين التركة بل
هو متعلق بالتركة من حيث ماليتها في الجملة، فلا ينفذ اقراره في شئ بعينه لأنه لا
يملكه ولو كان مكان الدائن موصى له بالثلث يصح اقراره على نفسه ويبطل حقه
لأنه ثلث عين التركة، واقراره بها لمدعى الوديعة تضمن اعترافه بأنه لم يبق له

شيء من الموصى به فيبطل حقه بالضرورة.

(١٠) اشترى الوكيل شيئاً فظهر به عيب فأراد الموكل رده بالعيب فادعى عليه البائع أنك رضيت بالعيب فلا يحلف الموكل، لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وهي تثبت للوكيل مادام حياً ثم لوصية أو وارثة بعده فإذا مات ولم يكن له وصى ولا وارث رجعت الحقوق إلى الموكل [انظر كتاب الوكالة].
ولتراجع بقية المسائل هناك.

وقد نقل منها في شرح المجلة جملة صالحة. وإن ما قاله الفقهاء في هذه المسائل وأشباهها يدل على دقة في النظر وقدرة عظيمة على تحليل المسائل أدق تحليل وسعة في التصرف في طرق الاستنباط حتى أنهم ليكادون يذكرون كل الصور العقلية لكل مسألة وتفصيل كل ما يعرض لها وشرحه شرحاً وافياً. وياليت المتأخرين منا يسلكون مسلك المتقدمين إذا كانت ثروتنا الفقهية لا يعدلها مجموع ثروات العالم كله في التشريع.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل العاشر

القضاء بشاهد واحد ويمين المدعى

إذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر فعلى قول الشافعى ومن معه يحلف المدعى ويقضى له بشأهده ويمينه (١).

وعلى قول أصحابنا ومن وافقهم لا بد له من شاهد آخر.

قال فى التبيين. إذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعى ويقضى له على ما ذهب إليه الشافعى ومالك وأحمد وأهل الحجاز، لما روى أنه عليه السلام قضى بشاهد ويمين ويروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد. ولنا ما رويناه أى حديث البينة على المدعى وحديث لو أعطى الناس بدعواهم وما رواه الشافعى ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولأنه بروية ربعة عن سهيل بن أبى صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا للمشاهير ولأنه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعنى بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما.

وهذا كما يقال: ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب ولئن سلم أنه يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملا بالمشاهير أهـ.

أقول لما كانت هذه المسألة من الأهمية بمكان رأيت أن أذكر فيها أدلة الطرفين بنوع من البسط.. فأقول:

استدل الشافعى ومن معه بعدة أحاديث رواها نيف وعشرون من الصحابة رضى الله عنهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى بشاهد ويمين (منها) مارواه

(١) التبصرة جزء أول ص ٢١٧.

أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد. (ومنها) ما رواه أحمد والدارقطني عن علي بن أبي طالب أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق (ومنها) ما روى عن ربيعة عن سهيل بن أبي صالح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد الواحد. رواه ابن ماجه والترمذي وأبو داود. إلى غير ذلك من الأحاديث. ولهذا ذهب جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم إلى جواز الحكم بشاهد ويمين، منهم الخلفاء الأربعة الراشدون وأبي بن كعب وابن عباس وعمر بن عبدالعزيز وشريح والشعبي وربيعه وفقهاء المدينة والناصر والهادوية ومالك والشافعي.

واستدل أبو حنيفة ومن معه بحديث: البينة على المدعى. ففي هذا الحديث قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعى واليمين على المنكر. والقسمة تنافي الشركة لأنها تقتضي الخلط وعدم التمييز، والقسمة تقتضي التمييز. ومن جهة أخرى يفيد هذا الحديث أن جنس البينة على المدعى وجنس الايمان على المنكرين، فالمعنى أن جميع أفراد البينة على المدعين وجميع أفراد الايمان على المنكرين، فلو ردت اليمين على المدعى لزم المخالفة لهذا النص. واستدلوا أيضا بقوله تعالى «واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء» وقوله تعالى «واشهدوا ذوى عدل منكم» فالقضاء بشاهد ويمين مخالف لكتاب الله وللسنة المشهورة فيجب أن يرد. قال في التنوير والدر (في الكلام على ما لا ينفذ من قضاء القاضى) مانصه: ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين المدعى لمخالفته للحديث المشهور (البينة على المدعى واليمين على من أنكر) أهـ.

ومن ذهب إلى عدم جواز الحكم بشاهد ويمين زيد بن علي بن الحسين رضى الله عنهم والزهرى والنخعى وابن شبرمة والامام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه -رحمهم الله أجمعين-. وقد ردوا على ما رواه الشافعى بأنه ضعيف وأنه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد وتارة بيمين، ويحتمل أن يكون المراد باليمين يمين المدعى

عليه آخر ما نقلناه آنفا عن التبيين وهي ردود ضعيفة جدا كما لا يخفى يظهر لك ذلك مما تقدم ومما سيأتى.

واحتج للشافعى ومن معه بأن أحاديث القضاء بشاهد ويمين قد رواها ذلك الجمع العظيم من الصحابة واشتهرت بين المحدثين، وروى كثير منها فى الكتب الستة ما عدا صحيح البخارى. وأما حديث البيعة على المدعى فلم يروه أحد من أصحاب الكتب الستة؟ وأما إنكار سهيل الحديث الذى رواه عنه ربيعة فسببه أنه أصاب سهيلا علة أذهبت بعض عقله ونسى بعض حديثه فهو انما قال لا أحفظه ولا أتذكره، وهذا لا يضرنا بعد أن ثبت رواية الحديث من طرق أخرى عديدة بعضها صحيح ورجاله كلهم ثقات.

وقال ابن العربى أظرف ما وجدت لهم فى رد الحكم بالشاهد واليمين أمران. (أحدهما) أن المراد قضى يمين المنكر مع شاهد الطالب، والمراد أن الشاهد الواحد لا يكفى فى ثبوت الحق فتجب اليمين على المدعى عليه فهذا هو المراد بقوله قضى بالشاهد واليمين. وهذا جهل باللغة لأن المعية تقتضى أن تكون بين شيئين من جهة واحدة لا فى المتضادين. (ثانيهما) حمله على صورة مخصوصة وهى أن رجلا اشترى من آخر عبدا فادعى المشتري أنه ما اشتراه بالبراءة ويرد العبد. ورده بأن هذا نادر والخبر لا يحمل على النادر.

ودعوى أن القضاء بشاهد ويمين مخالف لكتاب الله تعالى دعوى غير صحيحة لأن عدم ذكر الشاهد واليمين فى الكتاب لا يستلزم عدم صحة القضاء بهما خصوصا وقد وردت بذلك السنة الصحيحة. قال ابن القيم: والذى يجب على كل مسلم أن يعتقده أنه ليس فى سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة واحد تخالف كتاب الله بل السنن مع كتاب الله على ثلاث منازل «المنزلة الأولى» سنة موافقة شاهدة بنفس ما شهدت به الكتب المنزلة «المنزلة الثانية» سنة تفسر الكتاب وتبين مراد الله وتقيد مطلقه «المنزلة الثالثة» سنة متضمنة لحكم سكنت عنه الكتاب فتبينه بيانا مبتدأ. ولا يجوز رد واحد من هذه الأقسام الثلاثة. وليس للسنة من

كتاب الله منزلة رابعة. أهـ. وقال ابن تيمية: القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم وإنما ذكر هذين النوعين من البيئات في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه. قال تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل، واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء» [الآية] فأمرهم سبحانه بحفظ حقوقهم بالكتاب وأمر من عليه الحق أن يمل الكتاب فإن لم يكن ممن يصح املاؤه أملى عنه وليه. ثم أمر من له الحق أن يستشهد على حقه رجلين فإن لم يجد رجلين وامرأتان. ثم نهى الشهداء المتحملين للشهادة عن التخلف عن اقامتها إذا طلبوا لذلك. ثم رخص لهم في التجارة الحاضرة ألا يكتبوها ثم أمرهم بالاشهاد عند التبائع ثم أمرهم إذا كانوا على سفر ولم يجدوا كاتباً أن يستوثقوا بالرهان المقبوضة. كل هذا نصيحة لهم وتعليم وارشاد لما يحفظون به حقوقهم. وما نحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء آخر فإن طرق الحكم أوسع من الشاهدين والرجل والمرأتين فإن الحاكم يحكم بالنكول ولا ذكر له في القرآن فإن كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفاً لكتاب الله فالحكم بالنكول أشد مخالفةً أهـ.

وما قيل في الآية المتقدمة يقال مثله في قوله تعالى: «وأشهدوا ذوى عدل منكم» أى عند الرجعة والفرقة لأجل قطع التنازع. وهو أمر للندب أو للوجوب على الخلاف.

قال الشوكاني قال الشافعى: القضاء بشاهد ويمين لا يخالف ظاهر القرآن لأنه لا يمنع أن يجوز أقل مما نص عليه يعنى والمخالف لذلك لا يقول بالمفهوم أصلاً فضلاً عن مفهوم العدد.

وقال أبو عبيد أن القضاء بشاهد ويمين هو الذى نختاره اقتداء برسول الله صلى

الله عليه وسلم واقتصاصا لأثره وليس ذلك مخالفا لكتاب الله عند من فهمه.
 والسنة مفسرة للكتاب ومترجمة عنه وعلى هذا كثير من الأحكام التي أخذنا بها
 نحن ومن خالفنا في الشاهد واليمين كقوله صلى الله عليه وسلم «لا وصية لوارث»
 والنهي عن نكاح المرأة على عمتها وخالتها والتحريم من الرضاع ما يحرم من
 النسب وقطع التوارث بين أهل الإسلام وغيرهم وإيجابه على المطلقة ثلاثا ميسر
 الزوج الآخر - في شرائع كثيرة لا يوجد لفظها في ظاهر الكتاب ولكنها سنن شرعها
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلى الأمة اتباعها كاتباع الكتاب. وكذلك الشاهد
 واليمين لما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بهما وإنما في الكتاب «فرجل
 وامرأتان» فعلم أن ذلك إذا وجدنا فإذا عدمتا قامت اليمين مقامها كما علم حين
 مسح النبي صلى الله عليه وسلم على الخفين أن قوله تعالى: «وأرجلكم» معناه أن
 تكون الأقدام بادية وكذلك لما رجم المحصن في الزنا على أن قوله تعالى: «فاجلدوا
 كل واحد منهم مائة جلدة» للبكرين وكذلك ما ذكرنا من السنن فما بال الشاهد
 واليمين ترد من بينها. أهـ. قال الشوكاني فإن قالوا إن الأحاديث التي أخذنا بها
 شهيرة فوجب العمل بها لشهرتها، قيل لهم وأحاديث القضاء بالشاهد واليمين
 رواها نيف وعشرون صحابيا وفيها ما هو صحيح فأى شهرة تزيد على هذه الشهرة.
 قال الشوكاني: أقول جميع ما أورده المانعون من الحكم بشاهد ويمين غير نافق
 في سوق المناظرة عند من له أدنى المام بالمعارف العلمية وأقل نصيب من انصاف.
 فالحق أن أحاديث العمل بشاهد ويمين زيادة على ما دل عليه قوله تعالى:
 «واستشهدوا شهيدين» الآية وعلى ما دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم «شاهدك
 أو يمينه» وهذه الزيادة غير منافية للأصل فقبولها محتم. وغاية ما يقال على فرض
 التعارض - إن كان فرضا ثابتا - إن الآية والحديث المذكورين يدلان بمفهوم العدد
 على عدم قبول الشاهد واليمين والحكم بمجردهما، وهذا المفهوم مردود عند أكثر
 أهل الأصول لا يعارض المنطوق وهو ما ورد بالعمل بشاهد ويمين. على أنه يقال
 العمل بشهادة الرجل مع المرأتين مخالف لمفهوم حديث «شاهدك أو يمينه» فإن قالوا

قدمنا على هذا المفهوم منطوق الآية الكريمة قلنا ونحن قدمنا على ذلك المفهوم منطوق أحاديث الباب (يعنى الواردة فى باب الحكم بالشاهد واليمين) هذا على فرض أن الخصم يعمل بمفهوم العدد، فإن كان لا يعمل به أصلاً فالحجة عليه أوضح وأتم أـهـ.

فانظر وفقك الله وأرشدك وألهمك الصواب إلى مسألة الحكم بالشاهد واليمين كيف قالت فيها الحنفية ومن وافقهم ببطان الحكم وعدم نفاذه بدعوى مخالفته للسنة المشهورة مع أن الحق ليس فى جانبهم بل هو فى جانب خصومهم فى هذه المسألة كما يظهر لك ذلك مما تقدم ومن مراجعة ما أملاه الشافعى رضى الله عنه فى الأم وما قاله غيره.

وما ينبغى أن أقوله هنا وقد قلته مرارا فى مواضع متعددة أن العلماء الذين جاءوا بعد الأئمة المجتهدين أصحاب المذاهب الأربعة المدونة كان الواجب عليهم بدل أن يتعصب كل منهم لمذهب امام معين أن يلتمسوا الحق جهد الاستطاعة فأنى وجدوه أخذوا به سواء أكان فى ناحية الشافعى أم كان فى جانب أبى حنيفة أم كان مع غيرهما كائنا من كان.

انهم لو فعلوا ذلك لأصبحت كتب الفقه محصة الأحكام ناطقة بالحق فى كلياتها وجزئياتها.

فعسى الله أن يوفقنا جميعا لتدارك ما فات ويلهمنا الصواب ويمدنا بمعونته وتوفيقه حتى يرجع إلى الإسلام مجده وتظهر شريعته المطهرة للناس كافة بمظهرها الجميل الرائع ويعلم الناس أنها أعدل وأحكم شريعة أخرجت لهم. (٢)

(٢) وانظر من باب الذكرى ما قاله أبو الحسن الكرخى من مستقدمى أئمة المذهب الحنفى فى أصوله فيما إذا خالفت نقول المذهب (من حيث الظاهر) آيات الكتاب العزيز أو السنة المطهرة ثم انظر ما قاله السيد صديق خان -رحمه الله- فى كتابه أدب المفتى فى الفائدتين الثامنة والعاشرة بعد المائة، وكذا ما ورد فى كتاب طلب الأدب الذى لخصه المولوى محمد عبدالصمد من كتاب أدب الطلب للامام الشوكانى. وهذا الكتاب مطبوع بامارة بهوبال بالهند مع ظفر اللاضى وأدب المفتى للسيد صديق خان سنة ١٢٩٥ هجرية. ولولا خوف الاطالة لذكرت كل ذلك هنا. والله الموفق الهادى إلى الصواب.

الفصل الحادى عشر

أحكام اليمين قانونا

مقارنة بالشرعة الاسلامية

وردت أحكام اليمين فى قانون الاثبات فى المواد من ١١٤ - ١٣٠ .
وهاك جملة القول فى ذلك مقتصرأ على مايناسب المقام هنا .

اليمين القضائية واليمين غير القضائية:

تنقسم اليمين قانونا الى قضائية، وغير قضائية:
فالقضائية هى التى تؤدى فى مجلس القضاء .
وغير القضائية هى التى لاتكون فى مجلس القضاء .

اليمين غير القضائية:

ليس لهذه اليمين أحكام خاصة فى القانون، بل تتبع فى شأنها القواعد العامة:
فاذا كان المحلوف عليه قيمته لاتتجاوز خمسمائه جنيهه جاز اثبات إتفاق الدائن
والمدين على ذلك بشهادة الشهود، وان كانت القيمة أكثر من ذلك وجب اثبات
الاتفاق بالكتابة..

وأما اثبات نفس الحلف فيجوز بشهادة الشهود لأنه أمر محسوس .
وأقول إذا كان الحالف قد حلف على ثبوت الحق فى ذمته فهذا اقرار منه مؤكد
باليمين، والاقرار خارج مجلس القضاء يجوز إثباته شرعأ بشهادة الشهود، على ما
أسلفنا وإذا كان قد حلف على نفى الحق ورضى الدائن بذلك، ثم رفع الدائن دعوى
يطالب فيها ذلك المدين الحالف بما كان ادعاه عليه فان هذه الدعوى تسمع منه
شرعأ، ولاعبرة بحلف المدين من قبل وليس له أن يدفع الدعوى بذلك حتى لو كان
الحلف بمجلس القضاء على قول جمهور فقهاء الشريعة وكذا ان كان من وجهة
اليه اليمين نكل عنها فلا عبرة بنكوله لأنه لم يحصل بمجلس القضاء .

اليمين القضائية:

تنقسم هذه اليمين قانوناً الى حاسمة (١) ومتممة. فاليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد الخصمين الى الآخر حسماً للنزاع بينهما. وهي بمنزلة الصلح بينهما، أو كتحكيم من أحدهما للذمة الآخر في الموضوع الذي يتنازعان فيه. واليمين المتممة هي التي يوجهها القاضي الى أحد المتخاصمين باختياره ليستكمل بها الأدلة ويتم بها اقتناعه قبل نطقه بالحكم.

أحكام اليمين الحاسمة:

إذا أعوز المدعى الدليل ونفذ ما في كنيته لم يبق له ملجأ الا توجيه اليمين الى المدعى عليه بواسطة القاضي فان حلف المدعى عليه على نفى دعوى المدعى رفضت دعوى المدعى رفضاً نهائياً وانحسم النزاع بينهما فلا يقبل دليل من المدعى بعد ذلك لثبوت دعواه، أى دليل كان للمعنى الذي أسلفنا في نظر فقهاء القانون واذا نكل المدعى عليه حكم للمدعي بما ادعى وللمدعى عليه أن يرد اليمين على المدعى فان حلف المدعى المردودة عليه اليمين قضى له بما ادعى مما حلف عليه، وان نكل رفضت دعواه.

وليس للمدعي أن يرد اليمين ثانية على المدعى عليه الا اذا كانت العبارة قد عدلت. مثال ذلك أن يطلب المدعى من القاضي أن يحلف المدعى عليه على أنه ليس في ذمته الدين المدعى به فيرد المدعى عليه اليمين على المدعى معديلاً في الكلام فيطلب منه أن يحلف على أنه لم تقع مقاصة بين الدين المدعى به وحق للمدعى عليه على المدعى فان ردت اليمين على هذا الوجه اعتبر ذلك توجيهاً ليمين جديدة. فيجوز للمدعى أن يردها ثانية على المدعى عليه ليحلف أن له حقاً قبل المدعى تقع به المقاصة.

أهلية من يوجه اليمين ومن توجه اليه:

يشترط فيمن يوجه اليمين الى خصمه أن يكون مالكا

(١) وسميت في ترجمة القانون الفرنسي بيمين الفصل.

للتبرع (٢) بالحق المطلوب الحلف عليه لأنه بتوجيهه اليمين الى خصمه قد أسقط الحق اذا حلف الخصم وعلى ذلك لا يجوز للوصى ولا للقائم ولا لناظر الوقف توجيه اليمين الى المدعى عليه الا باذن من المجلس الحسبى بالنسبة للوصى والقائم (٣)، وانظر كتابنا فى الوقف. وكذلك الوكيل عن الخصم لا يجوز له توجيه اليمين الا باذن من الموكل. ورد اليمين كتوجيهها فى ذلك.

ويشترط فيمن توجه اليه اليمين أن يكون هو الأصل فى الدعوى لاثباته، وأن يكون أهلاً للتبرع وقت حلفه اليمين، فلو كان أهلاً لذلك وقت توجيه اليمين ثم حجر عليه قبل الحلف لا يجوز له أن يحلف بعد الحجر.

وقد تقدم أن الذي يوجه اليمين هو أحد الخصمين الى الآخر، لكن بواسطة القاضى، ولكن للمقاضى أن يفرض توجيه اليمين اذا كانت الواقعة المراد الحلف عليه غير محتملة الصدق (٤) وكذبتها مستندات أخرى فى الدعوى (٥) أو كانت الواقعة ثابتة دون حاجة الى حلف اليمين.

وكل حق يدعى به يصلح أن يكون موضوعاً لليمين الحاسمة بشرط أن يترتب على اليمين فائدة وعلى هذا لا تطلب اليمين على ما يخالف النظام العام أو الآداب كدين قمار أو ربا فاحش (٦) أو نسب (٧) كذلك لا يصلح توجيه اليمين الحاسمة بالنسبة للطلبات الأصلية مع حفظ الحق فى طلبات احتياطية، لبقاء النزاع وعدم انحصاره.

(٢) لا يشترط هذا شرعاً لأن خصمه لو نكل فقد ثبت الحق ولو حلف فهو لا يخسر الدعوى بخلاف القانون.

(٣) وهذا جائز شرعاً دون اذن لأن المدعى عليه لو نكل ثبت الحق وحصل المقصود واذا حلف فكل من الوصى والقائم باق على دعواه فاذا ظهر لاحدهما بينه بعد ذلك قدمها الى المحكمة وهذا بخلاف القانون ويقال مثل هذا بالنسبة لناظر الوقف لو كان مدعياً أمام القضاء الشرعى أما أمام القضاء الأهلى فلا.

(٤) مذهب أهل المدينة وابن تيمية (أنظر الطرق الحكمية).

(٥) الا عند من منع وجود بينه للمدعى شرعاً (أنظر ماتقدم تحت عنوان متى توجه اليمين).

(٦) بل لا تسمع الدعوى أصلاً بشيء من ذلك.

(٧) دعوى النسب تسمع بشروطها المبينة فى المادة ٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، وكذا حال حياة المدعى عليه النسب بدليلها الشرعى والنظامى.

لكن لو كان المدعى جملة أشياء وطلب اليمين على بعضها جاز ذلك لانحسام النزاع بالنسبة له، والذي يطلب منه الحلف على البتات هو نفس من عليه الحق فلا يحلف غيره الا على عدم العلم إذا أجاز القانون ذلك مثاله أن توجه يمين الى وارث على أن مورثه غير مدين بالحق المدعى به فلا يلزم الوارث أن يحلف على ذلك. وانما يجوز تحليفه على عدم العلم بالدين (أنظر ماتقدم فى التحليف على البتات والتحليف على العلم) وتسمى هذه اليمين الاستيثاق ويمين الاعتقاد^(٨).

كيفية حلف اليمين

يقسم الحالف على نفى أو ثبوت المحلوف عليه ويذكر ما هو مطلوب الحلف عليه بالصيغة التى وجهت بها اليمين وكان القانون المختلط قد نص على أن الحالف يرفع يده اليمنى وقت الحلف، وأما قانون الاثبات فهو خلو من ذلك^(٩).

ويجوز للحالف أن يؤدى اليمين على حسب ديانتة اذا طلب ذلك، واذا لم يطلب حلف بالصيغة التى وضعها القانون. وإذا كان لمن طلبت منه اليمين مانع يمنعه من الحضور إلى المحكمة لأدائها جاز انتداب أحد قضاة المحكمة المطلوب منها الفصل فى الدعوى أن يذهب اليه ويحلف اليمين حيث

هو، ويثبت الحلف فى محضر يوقع عليه كل من الحالف والقاضى وكاتب المحكمة المرافق للقاضى، واذا كان محل الخصم المراد تحليفه بعيدا عن مركز المحكمة جاز لها أن تحيل استحلافه على المحكمة الجزئية المقيم بدائلتها.

أحكام اليمين المتمة:

الذى يوجه اليمين المتمة الى أحد الخصمين هو القاضى نفسه^(١٠) لاستكمال

(٨) وهى غير يمين الاستظهار الشرعية لأن يمين الاستظهار يحلفها المدعى بعد اثبات حقه بالبينة.

(٩) جرت العادة فى المحاكم ان يكون الحلف بلفظ (والله العظيم) وراجع ماتقدم فى تحليف غير المسلم.

(١٠) وعلى هذا لا تكون اليمين المتمة الا بمجلس القضاء وهى لا توجد فى المحاكم الشرعية الا اذا اعتبرنا

يمين الاستظهار يميناً متمة.

أدلتة ويشترط أن يكون الخصم الذى وجهت اليه تلك اليمين قد قدم أدلة ناقصة فيلتمس القاضى ما يكملها لطمأنينة نفسه وراحة ضميره، اذ هو لا يستطيع رفض ما ادعاه الخصم لأن دعواه ليست خالية من الدليل، ولا يستطيع أن يقضى له لعدم كفاية أدلتة فيوجه اليه اليمين ليستكمل بها أدلتة.

وعلى هذا اذا كانت أدلة الخصم كافية فى الدعوى أو فى دفعها فلا محل اذا لليمين، وكذلك اذا لم يكن للخصم أدلة أصلا فلا معنى لتوجيه تلك اليمين اليه، لأنها أى شئ تتم؟ فلو وجهها القاضى الى الخصم كانت يمينا حاسمة، وهى ليست من حق القاضى بل هى من حق الخصم كما أسلفنا.

ولا يشترط أن يكون الدليل الناقص الذى يقدمه من يطلب منه الحلف دليلا كتابيا كما يتبادر، بل يجوز أيضا أن توجه تلك اليمين اذا كان الدليل شهادة أو قرينة.

وللقاضى أن يوجه اليمين الى أى الخصمين يشاء، على ما يري، اما للدائن حتى يثبت حقه، واما للمدين حتى يثبت براءته من الدين، ويزن القاضى أدلة كل منهما فمن رجحت أدلتة منهما فى تقديره وجه اليه اليمين، واذا تساوت أدلة كل منهما كان الأولى هو توجيه اليمين الى المدين، لأن الأصل هو براءة الذمة. وربما لا يقتنع القاضى ولا تطمئن نفسه بعد توجيه هذه اليمين، فلا ينحسم النزاع، وللقاضى أن يرجع عن توجيهها اذا وجد أدلة أخرى تغنيه عنها.

وفى هذا القدر كفاية هنا وقد إستوفى هذا الموضوع استيفاء تاما فى مراجع شرح قانون الاثبات.

ومن كل ما سلف فى الشهادة والاقرار واليمين نرى أن جملة ما قاله فقهاء القانون لم يخرج عن جملة ما قاله فقهاء الشريعة. والله الموفق.

(تمت) القوانين المصرية لا تميز تحليف المتهم فى المسائل الجنائية منعا لوقوعه فيما لا يحمد بمخالفة ذمته أو ضررة خلافا للقوانين الانجليزية فى هذا، فاذا لم تكن أدلة الاتهام كافية فلا يمين على المتهم عندنا فى محاكم الجنايات، واذا أراد المدعى بالحق

المدنى أن يرفع دعوى مدنية على المتهم جاز للمحكمة المدنية أن تسمع هذه الدعوى وأن توجه اليمين الحاسمة الى المدعى عليه، وليقارن هذا بما تقدم من تحليف السارق. ويرى شيخ الاسلام ابن تيمية (فى اختياراته) أن المدعى عليه اذا كان متهما بارتكاب كبيرة لا يرضى منه باليمين، فلا يحلف. وعلل ذلك بأن من استحل أن يقتل أو يسرق استحل أن يحلف كذبا ولا سيما عند خوف العقوبة الشرعية.

الفصل الثانى عشر

نبذة تاريخية

اليمين فى اللائحة الشرعية

رأيت الابقاء على هذا البحث كما جاء فى الطبقات السابقة لما إحتواه من فائدة، ولمن أراد الإستزادة.

تكلمت اللائحة الشرعية فى اليمين والنكول ابتداء من المادة (١٩٧) الى المادة (٢٠٦) (١) وهاك بيانها وشرحها بقدر الحاجة.

المادة (١٩٧) اذا عجز المدعى عن اثبات دعواه، أو اعتبر عاجزا وطلب تحليف خصمه فحلف أو نكل حكم بمقتضى الحلف أو النكول أه هذه المادة هى المادة ١٩٨ من لائحة سنة ١٩١٠ بنصها وأقول ان حكم المذهب أن المدعى عليه اذا حلف بطلب المدعى من القاضى تحليفه منع المدعى من دعواه ومن تعرضه للمدعى عليه بعد ذلك، وكان القضاء بذلك قضاء ترك (أنظر ما تقدم) فاذا أراد المدعى أن يأتى بيينة جديدة على دعواه بعد هذا القضاء سمعت دعواه وببينه سواء أكان قد حصر شهوده فى الدعوى السابقة ورفضت شهادة من شهد، أو كان قد قال ليس لى شهود وهذا على قوله محمد الذى عليه المتون كما أسلفنا وأما على قول الامام الذى اختير فى المادة (١٩١) فلا تسمع البينة بعد الحلف أو بعد قضاء الترك المبني عليه فى تينك الصورتين، والا سمعت كما قدمنا وهناك ترى الخلاف فى أن بيينة المدعى تسمع او لا تسمع بعد حلف المدعى عليه اليمين، كما هو الشأن فى اليمين الحاسمة قانونا. ومن هذا ترى أن كلمة المذهب اتحدت فى سماع بيينة المدعى بعد حلف المدعى عليه ومنع المدعى من دعواه بعد ذلك اذا لم يكن المدعى قد قال من قبل لا شهود لى ولم يحصر شهوده. وعلى هذا يجب على قضاة المحاكم الشرعية أن يسمعوها بيينة المدعى

(٤٩) الغيت المواد ١٩٧ - ٢٠٦ بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

والفى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ واللائحة الشرعية بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

بعد قضاء الترك، على ما بينا عملاً بالمادة (٢٨٠) وهنا يخالف الحكم الشرعى الحكم القانونى كما أسلفنا. وأما اذا نكل المدعى عليه فان القاضى يحكم عليه بنكوله ويكون القضاء فى هذه الحالة قضاء استحقاق وهناك تنمة أحكام هذه المسألة، فلا داعى الى التكرار.

المادة (١٩٨) لا يعتبر الحلف أو النكول الا اذا كان أمام المحكمة أو أمام من يندب لذلك من القضاة أهـ.

هذه المادة هى بعينها المادة (١٩٨) من لائحة سنة ١٩١٠ وقد جاء فى مذكرتها الايضاحية ما نصه: المادة ١٩٨ جديدة بين فيها حكم شرعى وهو اعتبار الحلف والنكول أمام من يندب من القضاة، وقد لا يتنبه له بعض القضاة فتضيع الحقوق فى بعض القضايا أهـ.

المادة (١٩٩) يجب على المحكمة أن تبين فى محضرها الوقائع التى يستحلف الخصم عليها وعلى من توجهت عليه أن يحلف كما قررت المحكمة أهـ.

هذه المادة هى بعينها المادة ١٩٩ من لائحة سنة ١٩١٠ وقد جاء فى المذكرة الايضاحية ما نصه المادة ١٩٩ تشتمل على حكم نظامى قصد بوضعه تنبيه المحاكم اليه للعمل به لتكون المحاضر مشتملة على كل الوقائع التى حصلت أمام المحكمة ومذكورا بها كل ما صدر من الخصوم وما صدر من المحكمة ليحصل المقصود من وضع المحاضر وقد كانت المحاكم لا تذكر بمحاضرها الوقائع التى يستحلف الخصم عليها بل كانت تقتصر فى محاضرها على قولها - (وطلب المدعى تحليف خصمه فحلفناه فحلف كما استحلف شرعا) وهى عبارة مجملة لا يظهر منها ما استحلف عليه، ولا ما طلب المدعى التحليف عليه وكثير من القضاة يحلفون الخصم ولا يعلمون تفاصيل الوقائع التى طلبوا من الخصم الحلف عليها، ولا يعلم الخصم أيضا ذلك، ولا يطلبون معرفتها ولا البحث فيها، ولا يهتمون بذلك اعتمادا على ذكر هذه العبارة المجملة أهـ.

والحلف يكون بالله تعالى (أنظر ما تقدم ففيه الكفاية) ويجب أن يشتمل المحضر على الصيغة التى أدت بها اليمين.

المادة (٢٠٠) اذا كان لمن توجهت عليه اليمين عذر منعه عن الحضور تنتقل المحكمة أو تندب أحد قضااتها لتحليفه بحضور الخصم الآخر، واذا تخلف طالب اليمين عن الحضور فى الميعاد المحدد مع علمه به جاز تحليف الخصم الآخر فى غيبته. واذا كلف من توجهت عليه اليمين بالحضور لحلفها، ولم يحضر بعد اعلانه بالحضور، ولم يبد عذرا شرعيا اعتبر ناكلا أهـ.

هذه المادة هى المادة ٢٠٠ من لائحة سنة ١٩١٠ بعد تعديل فيها، وهاك نصها. اذا كان لمن توجهت عليه اليمين عذر منعه عن الحضور تنتقل المحكمة أو تندب أحد قضااتها لتحليفه بحضور الخصم الآخر. واذا كلف من توجهت عليه اليمين بالحضور لحلفها ولم يحضر وتكرر ذلك منه بعد اعلانه بالحضور مرتين ولم يبد عذرا شرعيا اعتبر ناكلا أهـ.

وجاء فى المذكرة الايضاحية أن هذه المادة بيان لحكم شرعى للعمل به لما فيه من التسهيل على الخصوم، وقد يخفى على بعض القضاة أهـ.

والعذر قد يكون بمرض ونحوه وقد جاء فى النص القديم الاعلان بالحضور مرتين، ثم حذف هذا القيد من النص الجديد الحالي، ويظهر لى أن السبب فى هذا هو أن النص السابق بنى على الاحتياط، قال فى الدر المختار والفتاوى الهندية ان عرض اليمين يكون ثلاث مرات لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ايلاء العذر. أما المذهب فهو انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز، وهو الصحيح والأول أولى أهـ.

وقد رجع النص الجديد الى أصل المذهب، ولم يبال بالاحتياط، وهو فى ذلك موافق لما جاء فى المجلة العدلية فى المادة (١٧٥١) وقد زاد النص الجديد أن طالب اليمين اذا تخلف عن الحضور فى الميعاد المحدد مع علمه به جاز تحليف الخصم الآخر فى غيبته أهـ.

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للائحة الحالية ما نصه:

قضت اللائحة القديمة بوجوب حضور طالب اليمين عند انتقال المحكمة

لتحليف من توجهت عليه اليمين. فكان يتغيب طالب اليمين ويمتنع عن التحليف، وقد يتكرر ذلك فتطول الاجراءات. فرئى جواز التحليف فى غيابه اذا تخلف عن الحضور مع علمه بالميعاد المحدد لتحليف أهـ.

وجاء فيها أيضا بعد ذلك ما نصه: وقضت بألا يعتبر المطلوب تحليفه ناكلا عن اليمين الا اذا تخلف عن الحضور بعد اعلانه مرتين، فاكثفى فى التعديل بإعلانه مرة واحدة، تقصيرا للإجراءات أهـ وقد أورد فى شرح اللائحة اعتراضا على اعتبار تخلف الخصم المطلوبة منه اليمين ناكلا، لأن اليمين لم تعرض عليه بمجلس القضاء ولم ينكل عنها. وأجاب عن ذلك بأنه لو لم يعتبر تخلفه مع العلم وعدم العذر نكولا لجر ذلك إلى بقاء الدعوى قائمة على الدوام. إذ الخصم امتنع وليس فى الاستطاعة إحضاره بالقوة. فلم يبق سبيل إلى إعطاء الحقوق لأربابها إلا إنذاره، فإذا تخلف كان من العدل عده ناكلا لخروجه على القانون أهـ ولا شك أن هذا جواب حسن ونعم ما صنعت اللائحتان الشرعيتان .

المادة (٢٠١) إذا كان من توجهت عليه اليمين خارجا عن دائرة المحكمة جاز لها أن تحيل استخلافه على المحكمة الجزئية التى يكون بدائرتها أهـ.

هذا هو نص اللائحة الحالية وأما نص المادة ٢٠١ من اللائحة السابقة فهو (إذا كان من توجهت عليه اليمين خارجا عن دائرة المحكمة جاز لها أن تحيل استخلافه على المحكمة التى يكون بدائرتها ولتلك المحكمة الأخرى أن تحلفه أمامها أو تندب أحد قضائها لذلك) أهـ.

وجاء فى المذكرة الإيضاحية لللائحة الحالية أن اللائحة السابقة قضت بأنه فى حالة إقامة من توجهت عليه اليمين فى دائرة محكمة أخرى يحال استخلافه على المحكمة الابتدائية، وهذه تحيل الاستخلاف على المحكمة الجزئية التى يقيم فى دائرتها. فرئى اإجازة إحالة الاستخلاف على المحكمة الجزئية مباشرة، اختصارا للإجراءات أهـ.

وفى النص القديم بحث فى شرح اللائحة السابقة فراجعه إن شئت. وجاء فى المذكرة الإيضاحية لتلك اللائحة أنه قصد بوضع المادة ٢٠١ راحة الخصوم حيث لا

مانع شرعى أهـ.

المادة [٢٠٢] إذا اجتمعت دعاوي مختلفة يكفي فيها يمين واحدة على جميعها ولا يلزم التحليف لكل منهما على حدة أهـ هذه المادة هي بعينها المادة ٢٠٢ من اللائحة السابقة. وقد جاء فى مذكرتها الإيضاحية أن هذه المادة بيان لحكم شرعى قد يخفى على كثير من القضاة، والعمل به حافظ للأوقات من الضياع، ومفيد فى سير القضايا أهـ (وانظر ما قدمناه).

المادة (٢٠٣) يحلف القاضى الخصم فيما يكون فيه التحليف بلا طلب أهـ. أى من الخصم وهى المادة ٢٠٣ من اللائحة السابقة وإن اختلف التعبير إذ نص المادة السابقة (للقاضى أن يحلف الخصم فيما يكون فيه التحليف بلا طلب). انظر ما قدمناه.

المادة (٢٠٤) يعتبر من حلف الأخرس ونكوله اشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله يكون بها أهـ.

هذه المادة هى بعينها المادة ٢٠٤ من اللائحة السابقة وانظر ما تقدم وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية أن المادة ٢٠٤ بيان لحكم شرعى قد يخفى على بعض القضاة فلا يعتبر إشارة الأخرس أو يعتبرها مطلقا ولو عرف الكتابة أهـ.

المادة (٢٠٥) لا يجوز التوكيل فى تأدية اليمين، ولا يجوز للوكيل فى الخصومة طلب اليمين من الخصم الآخر إلا بتوكيل خاص أهـ. هذه المادة هى بعينها المادة - ٢٠٥ من اللائحة السابقة.

المادة (٢٠٦) يجب أن يذكر بالمحضر فى جميع الأحوال صيغة اليمين التى حلفها من توجب عليه أهـ.

هذه المادة هى بعينها المادة - ٢٠٦ من اللائحة السابقة. وقد جاء فى مذكرتها الإيضاحية ما نصه: المادة ٢٠٦ يقال فيها ما قيل فى المادة ١٩٩ وبعض القضاة يجهل صيغة اليمين اللازمة فى الحادثة المنظورة أمامه لاختلافها شرعا باختلاف الحوادث، ويدارى جهله بذكر هذه العبارة المجملة (فحلف كما استحلف شرعا).

رَفْعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الباب السادس

القسامت

معنى القسامت

مشروعية القسامت

كيفية القسامت

سبب وشروط وجوب القسامت والديت

الديت والعاقلة

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

معنى القسامة وفائدتها

الفرع الاول

معنى القسامة

معنى القسامة القسم أى اليمين.

تقول قسم فلان يقسم قسما وقسامة أى حلف .

ومعناها فى اصطلاح الفقهاء الايمان يقسم بها أولياء دم المقتول على استحقاقهم بدل دم صاحبهم، أو يقسم بها المتهمون على نفى القتل عنهم.

وتطلق القسامة على نفس الجماعة الذين يحلفون الايمان من حيث أن الايمان قسمت عليهم. وقد صارت القسامة حقيقة عرفية فى الايمان التى يحلفها المدعون أو المدعى عليهم القتل.

من أجل ذلك استحسن أن اذكر القسامة عقب اليمين لما بينهما من المناسبة. ولا ذكر للقسامة فى القوانين المصرية، ولا فى غيرها من سائر القوانين الوضعية على ما أعلم.

وقد كان منصوصا فى المادة (٥٦) من قانون تحقيق الجنايات ، على الدية . وبمراجعة المادة (٧) من قانون العقوبات أنه لامانع من الحكم بالقسامة، وذلك لاستلزام الحكم بها الحكم بالدية .

والظاهر ان المحاكم الشرعية هى التى تنظر فى ذلك بمقتضى المادة (٨) من اللائحة الشرعية ويكون حكمها وفقاً للمادة (٢٨٠) من

تلك اللائحة (١).

وموضوع القسامة أن يعثر على قتيل فى مكان. أى مكان كان ولا يدرى قاتله فتجرى بشأنه القسامة، على ماسياتى.

(١) المادة (٥٦) يكون الاجراء فيما يتعلق بالتضمنينات فى الأحوال التى تقضى فيها الشريعة الاسلامية بالدية بحسب الأحكام المقررة فى الشريعة المذكورة انما لاتتبع هذه الاحكام الا فى حق الاشخاص السارية عليهم أه. وانظر بحث الاستاذ القللى فى تعليقه على هذه المادة فى كتابة (اصول تحقيق الجنايات) وانظر رسالة الدكتوراه للدكتور على ابو هيف فى الدية. المادة (٧) «لاتخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الغراء» أه. ولا شك ولا ريب ان الدية حق شخصى للمقتول تكون تركة بعد موته فتقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ومايتبقى فهو لورثته، وقد تكون كلها لورثته اذا خلت التركة من الديون والوصايا بعد تجهيزه.

المادة (٨) تختص المحاكم الابتدائية الشرعية بالحكم الابتدائى فى المنازعات فى المواد الشرعية التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية الخ. ولاشك أن الدية والقسامة من المواد الشرعية . المادة (٢٨٠) تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة، ولأرجح الاقوال من مذهب أبى حنيفة، ماعدا الاحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها ان تصدر الاحكام طبقا لتلك القواعد أه وعلى هذا فأحكام القسامة والدية يرجع فيها إلى المذهب الحنفى عندنا.

الطبعة الرابعة: الغيت المادة ٥٦ من قانون تحقيق الجنايات المشار اليها باصدار قانون الاجراءات الجنائية بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ ولم يتضمن نص يقابلها كما الغيت المحاكم الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

الفرع الثاني

فائدة القسامة

وللقسامة فائدتان عظيمتان:

(أولاهما) تعظيم شأن الدماء وألا تذهب هدرا بالقدر المستطاع.

(والثانية) بعث روح اليقظة والانتباه في أهل القرى والمحلات والمدن والأماكن

الخاصة إلى ما يقع فيها أو قريباً منها من جرائم القتل منعاً لها بالقدر الممكن، وأشعار

بالمسئولية الشاملة وبالتضامن وتقرير للأمن والضرب على أيدي أهل الدعارة

والأشرار الذين يعيشون في الأرض فساداً ومراقبتهم من جميع من لهم صلة بهم

وتتبعهم داخلاً وخارجاً وذلك لشعور الجميع بالمسئولية المشتركة والتضامن.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثانى

مشروعية القسامة

كانت القسامة فى الجاهلية (١) فأقرها الاسلام على ماذهب اليه جمهور فقهاء الشرع الإسلامى. وذهب فريق منهم إلى أنها غير مشروعة فى الإسلام.

(١) عن ابن عباس رضى الله عنهما قال كان رجل من بنى هاشم استأجره رجل من قريش من فخذ أخرى فانطلق معه فى ابله. فمر به رجل من بنى هاشم وقد انقطعت عروة جوالقه، فقال أغثنى بعقال أشد به عروة جوالقى، لاتنفر الابل. فأعطاه عقالا فشده. فلما نزلوا عقلت الابل الا بعيرا واحدا، فقال الذى استأجره مابال هذا البعير لم يعقل؟ فقال ليس له عقال. فقال أين عقاله؟ وحذفه بعضا كان فيها أجله. فمر به رجل من أهل اليمن فقال أتشهد الموسم؟ فقال ماأشهد، وربما شهدته. قال فهل أنت مبلغ عنى رسالة مرة من الدهر؟ قال نعم، قال اذا شهدت الموسم فتاد يا لقريش فان هم أجابوك فتاد يا لبنى هاشم فاذا أجابوك فاسأل عن ابى طالب فاخبره أن فلانا قتلنى فى عقاله، ومات المستأجر. فلما قدم الذى استأجره أتاه أبو طالب، فقال ما فعل صاحبنا؟ قال مريض فأحسنتم القيام عليه ووليت دفنه، قال قد كان أهل ذلك منك. فمكث حيناً ثم ان الرجل الذى أوصى اليه وافى الموسم فقال يا لقريش، قالوا هذه قريش، قال يا لبنى هاشم، قالوا هذه بنو هاشم، قال اين أبو طالب، قالوا هذا ابو طالب، قال أمرنى فلان أن أبلغك رسالة أن فلانا قتله فى عقاله، فاتاه ابو طالب فقال اختر منا إحدى ثلاث، ان شئت أن تؤدى مائة من الابل فانت قتلت صاحبنا، وان شئت حلف خمسون من قومك أنك لم تقتله، فإن أبيت قتلناك به فأتى قومه فأخبرهم فقالوا نحلف، فأتت امرأة من بنى هاشم تحت رجل منهم قد ولدت منه فقالت يا أبا طالب أحب أن تحيىز ابنى برجل من الخمسين ولا تصبر يمينة حيث تصبر الايمان، ففعل، فاتاه رجل منهم فقال يا أبا طالب أردت خمسين رجلا أن يحلفوا مكان مائة من الابل يصيب كل واحد منهم بعيران، هذان بعيران فاقبلهما. فجاء ثمانية وأربعون فحلفوا، قال ابن عباس رضى الله عنهما فوالذى نفسى بيده ما حال الحول ومن الثمانية والأربعين عين تطرف أهد من تيسير الوصول عن البخارى والنسائى.

والفخذ دون القبيلة، وهو فرع منها. (تحيز) أى تأذن فى ترك اليمين (تصبر) بالبناء للمفعول أى يلزم بها المأمور بالحلف فيكره عليها ويحكم عليه بها. وتسمى هذه اليمين يمين الصبر.

احتج الجمهور بما رواه مسلم والنسائي عن أبي سلمة بن عبدالرحمن وسليمان بن يسار ان النبي صلى الله عليه وسلم أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية وقضى بها بين ناس من الأنصار في قتل إدعوه على يهود خيبر. وبما رواه الإمام أحمد عن أبي سعيد الخدري قال وجد قتل بين قريتين فأمر النبي صلى الله عليه وسلم فذرع بينهما فوجد إلى أحدهما أقرب فألقاه إلى أقربهما أه أي حملهم ديته. واحتجوا أيضا بالحديث المتفق عليه وهو ما رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن سهل بن أبي حثمة قال : انطلق عبدالله بن سهل ومحبيصة بن مسعود إلى خيبر وهي يومئذ صلح، ففترقا. فأتى محبيصة إلى عبدالله بن سهل وهو يتشطح (٢) في دمه قتيلًا فدفته. ثم قدم المدينة فانطلق عبدالرحمن بن سهل ومحبيصة وحويصة إينا مسعود إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبدالرحمن يتكلم فقال صلى الله عليه وسلم كبر كبر (٣) وهو أحدث القوم، فسكت، فتكلموا. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم ؟ قالوا كيف نحلف ولم نشهد ولم نر ؟ قال فبئرئكم يهود بخمسين يمينا، قالوا كيف نأخذ أيمان قوم غير مسلمين (٤) فعقله (٥) رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أه وقد روى هذا الحديث بألفاظ مختلفة ، فأخذ الجمهور من هذا الحديث ومن غيره ومن بعض الآثار عن عمر رضى الله عنه وغيره من كبار الصحابة أن القسامة لم ينسخها الإسلام بل أقرها واحتج (٦) القائلون بأن القسامة غير مشروعة في الإسلام بأنها مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها فمنها

(٢) يضطرب

(٣) فعل أمر مكرر مرتين للتأكيد إذ المتكلم كان أصغر القوم سنا فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يقدمه الكلام من هو أكبر منه سنا تأديبا واحتراما من الصغير للكبير.

(٤) أنظر المذهب للشيرازي

(٥) أي دفع ديته وكانت مائة بعير من إبل الصدقة

(٦) أنظر بداية المجتهد.

أن الأصل فى الشرع ألا يحلف أحد إلا على ما علمه قطعاً أو شاهده حساً. وإذا كان ذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون فى بلد. والقتل فى بلد آخر. وقد روى البخارى عن أبى قلابة أن عمر بن عبدالعزيز أذن للناس فدخلوا عليه، فقال ما تقولون فى القسامة؟ فأضرب القوم (٧) وقالوا نقول أن القسامة القود (٨) بها حق، قد أقاد بها الخلفاء. فقال ما تقول يا أبا قلابة، ونصبنى للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك أشرف العرب ورؤساء الأجناد أرايت لو أن خمسين رجلاً شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه؟ قال لا. قلت أفرأيت لو أن خمسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه؟ قال لا. قلت فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدمت لشهادتهم؟ فكتب عمر بن عبدالعزيز فى القسامة أنهم أن أقاموا شاهدى عدل أن فلانا قتله فأقده، ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا (٩) ومنها أن من الأصول أن الإيمان ليس لها تأثير فى أشاطه (١٠) الدماء. ومنها أن من الأصول أن البينة على من إدعى واليمين على من أنكر. وقالوا أنهم لم يروا فى تلك الأحاديث (١١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت حكماً جاهلياً فتلطف لهم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام، ولذلك قال لأولياء الدم أمخلفون خمسين يمينا الخ ما تقدم فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم، هى السنة.

وإذا كانت هذه الآثار ليست نصاً فى القضاء بالقسامة، والتأويل يتطرق إليها

(٧) أى صاحوا ويقال أيضاً أضرب الناس أى سكتوا أو تكلموا، فهو من الأضداد

(٨) القصاص

(٩) وروى فى المغنى عن عمر بن عبدالعزيز أنه كتب إليه فى رجل وجد قتيلاً ولم يعرف قاتله. فكتب إليهم أن من القضايا ما لا يحكم فيها إلا فى الدار الآخرة، وهذا منها أهـ.

(١٠) إشاطة الدماء إهدارها وارتقتها تقول أشاط السلطان دم فلان، ويدم فلان أهـ.

(١١) أى التى وصل إليها علمهم، أو علموها ولم يأخذوا بها لجرح فى بعض روايتها أو علموها وتأولوها.

فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى.

وأجاب الجمهور عن هذا بأن القضاء بالقسامة سنة منفردة مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة، وقد ورد في بعض الأحاديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالقسامة، وقضى بها عمر رضي الله عنه، واشتهر القضاء بها في العصر الأول. ونقل في بداية المجتهد عن الإمام مالك أنه جعل العلة في القسامة حوطة الدماء، وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء (١٢).

وهاك جملة القول في مذاهب العلماء القائلين بالقسامة.

قال الجمهور ومنهم مالك والشافعي وأحمد إذا وجد قتيل بين قوم أو في محطة أو قريبا منها وكان هناك لوث وليس لأولياء دم القتل بينة حلف المدعى أو المدعون

(١٢) قال ابن رشد لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والسراق، وذلك أن السارق تعسر الشهادة عليه، وكذلك قطاع الطريق ولهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالين مع مخالفة ذلك للأصول (إذ البينة على المدعى، ولا يجوز شهادة الإنسان لنفسه) وانظر ماتقدم وما يناسب إيراد هنا ما حكاه الأستاذ القللى في مقاله في الإجرام المنشور في العدد الثالث من السنة السابعة من مجلة القانون والإقتصاد. قال في خلال كلامه على الإجرام في مصر في أول عهد محمد على ما خلاصته : وكان من أخطر العناصر على الأمن طوائف الأعراب سكان البدو. وقد طارد محمد على تلك العصابات حتى طهر منها النيل. ثم سن بعد ذلك قوانين جرى فيها على مبادئ وان تكن اليوم غير عادلة إلا أن حال البلد كانت تستسيغها في ذلك الوقت. فقرر مبدأ المسؤولية المشتركة. ففي بعض الأحوال كان أهالي القرى يعتبرون جميعا مسئولين عما حدث فإذا وقعت سرقة على عابر سبيل في ناحية ما اعتبر أهالي الناحية جميعا متضامين في تعويض المجنى عليه. وكانت نتيجة ذلك أن السرقات أصبحت - كما يقول كلوت بك - في مصر أقل منها في أوروبا، ولا سيما السرقات ذات الظروف المشددة كالسرقة مع حمل السلاح أه. باختصار. وأقول أن الخديو إسماعيل قد إقتفى أثر جده، رحمهما الله في إصلاح حال الأعراب في مصر وبذل في ذلك مجهودا كبيرا جدا. وذلك كله مفصل في كتاب تقويم النيل لأستاذي حضرة صاحب السعادة أمين سامى باشا .

وبعد فأقول : أن الأصول التشريعية والقواعد الكلية إنما تكون للحالات العادية. ووراء ذلك سياسة شرعية عادلة للأحوال الشاذة التي لا يمكن ضبط أحكامها بقواعد ثابتة لا تتغير.

منهم (١٣) خمسين يمينا على رجل من أولئك القوم أنه هو القاتل فإن حلفوا على قتل العمد إستحقوا دم المحلوف عليه وهذا قول أحمد ومالك وقول الشافعى فى مذهبه القديم.

وقد استندوا على أحاديث لا تنهض حجة لهم إما لضعف فى سندها وإما لكونها مرسله مع إختلاف ألفاظ الحديث الواحد بما يختلف معه الحكم.

وأيما المدعين مبنية على غلبة الظن وعلى حكم الظاهر فلا يجوز إشاطة الدماء بها لقيام الشبهة المتمكنة منها. ولأجل هذا قالوا: ينبغى للحاكم أن يقول لهم إنتقوا الله واستثبتوا ويعظهم ويحذرهم ويقرأ عليهم قوله تعالى «إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم (١٤) فى الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم» ويعرفهم ما فى اليمين الكاذبة وظلم البرىء وقتل النفس بغير الحق من المسئولية العظيمة أمام الله تعالى، وأن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة.

وأما قول الشافعى فى مذهبه الجديد فالواجب هو الدية على الشخص الذى حلف عليه الأولياء أنه قتل القاتل عمدا وليست على عاقلته (١٥) فإن نكل المدعى أو المدعون حلف المدعى عليه خمسين يمينا على نفى القتل عنه فإن حلف برىء وهذا قول الأكثرين، وقيل تجب الدية مع اليمين.

ولو أقام المدعى عليه بينة أنه كان يوم القتل فى بلد بعيد عن بلد المقبول لا يمكن مجيئه منه إليه فى يوم واحد بطلت الدعوى.

وإن قالت البينة نشهد أن فلانا لم يقتله لم تسمع هذه الشهادة لأن كلامهم نفى مجرد فإن قالوا ما قتله فلان بل فلان سمعت لأنها شهدت بإثبات تضمن النفى فتسمع كما لو قالت ما قتله فلان لأنه كان يوم القتل فى بلد كذا، وهو بلد بعيد.

(١٣) قيل يحلف كل واحد من المدعين خمسين يمينا، وقيل تقسم الخمسون عليهم ويجبر الكسر.

(١٤) لا نصيب لهم.

(١٥) سيأتى الكلام وأيا فى العاقلة.

وإذا نكل المدعى عليه فقليل يحبس حتى يحلف، وقيل لا يحبس وهو الصحيح
وتجب عليه الدية بعيب نكوله على القول الراجح، وقيل تجب في بيت المال، وهو
قول ضعيف مردود.

وإن إدعى الولي أو الأولياء قتل الخطأ أو شبه العمد وحلفوا قضى بالدية على
العاقلة.

هذا - إذا وجد اللوث. فإن لم يوجد لوث ولا بينة على القتل فالقول قول المدعى
عليه مع يمينه، رجوعاً إلى الأصل. وهل يحلف خمسين يمينا أو يمينا واحداً؟
قولان. وإذا نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعى - على رأى من يقول برد
اليمين - فإذا حلف قضى بالدية قولاً واحداً سواء أكانت الدعوى بقتل العمد أم
الخطأ. ويحلف المدعى خمسين يمينا إن كان واحداً، فإن كان المدعون أكثر من واحد
فقليل يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا، تغليظاً لأمر الدم، وقيل توزع عليهم
الأيمان الخمسون ويجبر الكسر.

هذا خلاصة قول الجمهور ولهم تفصيلات واختلافات كثيرة جداً يرجع إليها في
محالها.

الفصل الثالث

كيفية القسامة

وبعد اتفاق جمهور الفقهاء على شرعية القضاء بالقسامة انقسموا إلى فرقتين.

الفرقة الأولى ترى أن يبدأ بإيمان المدعين.

والفرقة الثانية ترى أن الذين يقسمون بالإيمان هم المدعى عليهم،

ثم تفرعت من ذلك مذاهب.

كذلك اختلفوا في موجب القسامة أهو الدين أم يقضى بالقود في بعض الصور.

وهل يجوز تبرئة المدعى عليهم أو لا بد من الحكم عليهم حلفوا أم لم يحلفوا.

وفي هذا المقام تفريعات كثيرة ومنشأ ذلك اختلاف الأحاديث واختلاف

الروايات فيها والأخذ بالآثار أو عدم الأخذ بها على ما يظهر لك من موسوعات

كتب الحديث وشروحها المطولة كفتح الباري وعمدة القاري من شروح البخاري

وكشرح النووي وشرح الابي من شروح مسلم وكذا شروح النسائي والترمذي وابي

داود والموطأ. وكذا مطولات الكتب الفقهية كالمغنى «حنبلى» والبدائع والمبسوط

«حنفى» وقد راجعت كل هؤلاء وغيرها من الكتب الفقهية وكتب الاحاديث

الاخرى وشروحها كتيسير الوصول وزاد المعاد والتاج الجامع لاستخلاص هذا

الموضوع منها.

فأقول - اولا تمهيدا لهذا الموضوع وان كان قد سبق بعض ما سأقوله هنا ليتصل

الكلام بعضه ببعض.

روى أحمد ومسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: لو يعطى الناس

بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه.

وأخرج البيهقى هذا الحديث بإسناد صحيح، بلفظ، البينة على المدعى واليمين على

من أنكر. فقال أبو حنيفة وأصحابه ومن أخذ أخذهم أن هذا الحديث قسم بين

الخصمين، فجعل البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليه اذا أنكر الدعوى،

والقسمة تنفى الشركة، لأن الشركة تقتضى الخلط وعدم التمييز، والقسمة تقتضى التمييز، ومن جهة أخرى يفيد هذا الحديث أن جنس البيئة على المدعين، وجنس الايمان على المنكرين، فيكون المعنى حيثئذ أن جميع أفراد البيئة على كل من يدعى وجميع أفراد اليمين على كل من ينكر. «راجع ما تقدم فى اليمين المردودة وفى القضاء بشاهد واحد ويمين المدعى»، وعلل الحنفية والجمهور المعنى الذى أفاده هذا الحديث بأن جانب المدعى ضعيف لأنه يقول بخلاف الظاهر فكلّف الحجة القوية، وهى البيئة، لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً ولا تدفع عنها ضرراً فيترجع جانب صدقها لارتفاع التهمة، ويقوى بها ضعف المدعى. وأما جانب المدعى عليه فهو قوى لأن الدعوى ان كانت دعوى دين فالأصل براءة الذمة، وان كانت دعوى ملك فاليد دليل الملك ظاهراً، فمن أجل قوة جانب المدعى عليه بذلك اكتفى منه باليمين. واليمين حجة ضعيفة لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر. ثم وقف الحنفية ومن تابعهم عند هذا الحد فلم يجعلوا اليمين دليلاً للمدعى تثبت بها دعواه. وأما الجمهور فنظروا إلى حكمة الاكتفاء من المدعى عليه باليمين وهى قوة جانبه براءة الذمة وظاهر اليد وان كل واحد من هذين قرينة ظاهرة على أنه محق فى انكاره دعوى المدعى، فاذا وجد فى جانب المدعى ما يقويه ظاهراً وجب أن يعتبر ذلك قرينة على صدقه ظاهراً فيما ادعاه فيتقوى باليمين. وقد سُمى الجمهور هذه القرينة لوثاً، ومن معانى اللوث فى اللغة القوة، والبيئة الضعيفة غير الكاملة. وعلى هذا اذا وجد اللوث تقوى جانب المدعى فكان له أن يحلف على ما ادعاه من اجل هذه العلة وتكون يمينه متممة للدليل المركب منها ومن قرينة اللوث (١) ومما

(١) قال فى المذهب: اللوث الذى يثبت لأجله اليمين فى جنبه المدعى هو أن يوجد معنى يغلب معه على الظن صدق المدعى، فان وجد القتل فى محلة أعدائه وكان لا يخالطهم غيرهم كان ذلك لوثاً. وقال فى المغنى فى رواية عن الامام أحمد اللوث هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر، وما بين القبائل المتعدية، وما بين الشرطة واللصوص، وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله. وقال ابن جزى فى قوانينه: اللوث أمانة على القتل غير قاطعة. ومن ذلك وجود القتل فى محلة أعدائه. ومنه قول المقتول قبل أن يموت: قتلنى فلان، أو دمرى عند فلان. ووافق الليث بن سعد مالكا فى هذا وخالفهما سائر العلماء أه مختصراً، وسيأتى ما ينتميه.

يؤيد ما قلته هنا ويزيد وضوحا على وضوحه ما رواه عبدالرزاق فى مصنفه عن عمر بن عبدالعزيز قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى القتيل يوجد بين ظهرائى ديار قوم أن الايمان على المدعى عليهم فان نكلوا حلف المدعون واستحقوا، فان نكل الفريقان كانت لديه نصفها على المدعى عليهم وبطل النصف اذا لم يحلفوا أهـ. وقد علق على ذلك الامام ابن القيم بقوله ان هذا لا يخالف باب الدعاوى ولا باب القسامة فإنه ليس فيه لوث ظاهر يوجب تقديم المدعين، فيقدم المدعى عليهم فى اليمين. فاذا نكلوا قوى جانب المدعين من وجهين، احدهما وجود القتيل بين ظهرائهم، والثانى نكلهم عن براءة ساحتهم باليمين. وهذا يقوم مقام اللوث الظاهر، فيحلف المدعون ويستحقون، فاذا نكل الفريقان كلاهما أورث ذلك شبهة مركبة من نكل كل منهما فلم ينهض ذلك سببا لايجاب كمال الدية عليهم. اذا لم يحلف غرماءهم، ولا اسقاطها عنهم بالكلية حيث لم يحلفوا. لهذا جعلت الدية نصفين ووجب نصفها على المدعى عليهم لثبوت الشبهة فى حقهم يترك اليمين، ولم تجب عليهم بكمالها لأن خصومهم لم يحلفوا.

وقال الحسن البصرى يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يمينا على نفى القتل فان حلفوا برئوا وان أبوا أن يحلفوا يستحلف خمسون من المدعين ان حقنا قبلكم ثم يقضى لهم بالدية.

وأما مذهب أبى حنيفة وأصحابه فهناك بيانه بايجاز.

قالوا: اذا وجد قتيل فى محلة لا يدري قاتله حلف خمسون رجلا من أهل المحلة يتخيرهم ولى الدم فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا. فان حلفوا جميعا فعلى أهل المحلة الدية ان كانت الدعوى بقتل العمد. فان كانت بخطأ فعلى العاقلة. ومن نكل منهم حبس حتى يحلف ان كانت الدعوى بالعمد والا فالدية على العاقلة. فان لم يتم العدد كرر الحلف عليهم حتى يتم خمسون يمينا. ولا يقضى بالقصاص فى أى حال من الأحوال، ولا بد من الدية على كل حال اما على الخالفين واما على العاقلة على ما أسلفنا. هذا هو ما فهموه مما وصل اليهم من

السنة، وما رووه عن عمر رضى الله عنه أنه حكم فى قتل وجد بين قريتين، فطرحه على أقربيهما وألزم أهل تلك القرية القسامة والدية، وكذا رووا عن على رضى الله عنه. قالوا ولم ينقل الإنكار عليهما من أحد الصحابة، فكان أجماعا سكوتيا.

الفصل الرابع

سبب وشروط

وجوب القسامة والدية

الفرع الأول

سبب وجوب القسامة والدية

سبب وجوب القسامة والدية:

سبب ذلك التقصير فى النصره وحفظ الموضع الذى وجد فيه القتيل ممن وجب عليه النصره والحفظ لأنه اذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقصرا بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجرا عن ذلك وعملا على تحصيل الواجب. وكل من كان أخص بالنصره والحفظ كان أولى بتحمل القسامة والدية لأنه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ.

وانظر تمام هذا الموضوع فى البدائع وغيره من مطولات كتب المذهب. وقد رأيت أن أذكر هنا سؤالا وجوابا فى الفتاوى المهدية بنصهما وكان جواب الفتوى فى ٢٠ ربيع الثانى سنة ١٢٨٧ هجرية - ٢٠ يولية سنة ١٨٧٠ قال:

سئل بافاده وارده من مديرية الشرقية مؤرخة فى ٧ ربيع الثانى سنة ٨٧ مضمونها: وردت هذه الافادة من حضرة قاضى الولاية بقصد تقديمها لسيادتكم وإعطاء القول والحكم فيها فلزم ترقيمه لسيادتكم الأمل من بعد رؤيتها يكرم بالافاده عن الحكم فيها حسب طلب حضرة القاضى. وصورة افاده القاضى المذكور المؤرخة بالتاريخ المذكور وبعد فالمرجو الاستعلام من حضرة أستاذنا ومولانا مفتى أفندى الديار المصرية فيما لو وجد قتيل لم يعلم قاتله محتبسا بشاطىء نهر ليس مملوكا بين خطط متعددة فهل الدية والقسامة على أقرب الخطط مع سماع الصوت من محل القتيل؟ وهل القرب يعتبر من محل القتيل للأبنية والأرض المملوكة فقط؟ وهل الأرض الخراجية المستحقة للأهالى أى أهالى الخطط المذكورة لا تعتبر فى القرب

وعدمه لأنها ليست مملوكة لأربابها أو كيف؟ كى بورود افادة حضرة مولانا الموماً اليه ترسل لنا للاجراء بموجبها فيما هو لازم النظر فيه بالمجلس (أجاب) اذا وجد ميت وبه جرحا أو أثر ضرب أو خروج دم من أذنه أو عينه أو خنق محتبسا بشاطيء نهر غير مملوك. ولم يكن الشاطيء أيضا مملوكا فالقسامة والدية على ملاك أقرب الأراضى لذلك الشاطيء بحيث يسمع منها الصوت. فان لم تكن الأراضى مملوكة الرقبة فعلى أقرب القرى من ذلك المكان بحيث يسمع الصوت أيضا. والأرض الموقوفة على جماعة يحصون كالمملوكة. أما الأراضى السلطانية التى آلت لبيت المال فلا تعتبر فى ايجاب ذلك على مزراعيها، اذ لا ملك لهم فيها، بل رقبته لبيت المال فهى لعامة المسلمين. واعتبار أقرب القرى إذا كانت القرية صغيرة فهى لعامة المسلمين فلو كانت كبيرة ذات محلات فهى فعلى أقرب محلة منها لمحل وجود القتيل. ومحل ذلك اذا لم يثبت القتل على معين. ولم تحصل الدعوى بالقتل على غير ملاك الأقرب أهـ بحروفه.

الفرع الثانى

شروط وجوب القسامة والدية

واشترطوا لوجوب القسامة والدية شروطا.

(أ) أن يكون الموجد قتيلا وهو أن يكون به أثر القتل كجراحة أو اثر ضرب أو خنق فان لم يكن فيه شىء من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية لأنه اذا لم يكن به أثر القتل فالظاهر أنه مات حتف أنفه فوجد الشك ولا يجب شىء مع الشك. وأما الجمهور فلم يشترطوا هذا الشرط اكتفاء باللوث، كما أسلفنا.

(ب) ألا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة بل يتبع فى الدعوى القواعد العامة. وهذا بالاجماع.

(ج) أن يكون القتل من بنى آدم مسلما كان أو غير مسلم، رجلا أو امرأة أو صبيا، حرا أو عبدا. فلا قسامة فى بهيمة وجدت مقتولة ولا غرم فيها الا اذا علم قاتلها فترفع عليه الدعوى بطريقها المعتاد وذلك لأن لزوم القسامة فى نفسها أمر ثبت بخلاف القياس لأن تكرار اليمين غير مشروع، واعتبار عدد الخمسين غير معقول أى حكمة هذا العدد غير ظاهرة لنا، وكذلك وجوب الدية مع الايمان لأن اليمين فى الشرع جعلت دافعة للاستحقاق بنفسها فى سائر الدعاوى الا أننا عرفنا ذلك بالنصوص - (أى على ما فهموا) - والاجماع فى بنى آدم خاصة، فبقى الأمر فيما وراءهم على الأصل.

(د) الدعوى من أولياء القتل لأن القسامة يمين، واليمين لا تجب بدون الدعوى.

(هـ) انكار المدعى عليه لأن اليمين وظيفة المنكر.

(و) المطالبة بالقسامة لأن اليمين حق المدعى، وحق الانسان يوفى عند طلبه، ولهذا كان الاختيار فى القسامة إلى أولياء القتل لأن الايمان حقهم فلم أن يختاروا من يتهمونه، ويستحلفون صالحى العشيرة الذين يعلمون أنهم لا يحلفون كذبا. واليمين فى باب القسامة حق مقصود بنفسه كالدية، ولذا يجس من نكل عنها حتى يصل ذو الحق إلى حقه أو يقر. وقيل يجس حتى يغلب على الظن اليأس من أنه يحلف.

(ز) أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل ملكا لأحد أو فى يد أحد، فإن لم يكن ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية. وإن كان فى يد أحد يد العموم لا يد الخصوص وهو أن يكون التصرف فيه لكل الأمة لا لواحد ولا لجماعة يحصون عددا لا تجب القسامة وإنما تجب الدية وذلك لأن القسامة أو الدية تجب بترك الحفظ اللازم فإذا لم يكن المكان الذى وجد فيه القتيل ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا لا يلزم أحد حفظه، وإذا فلا قسامة ولا دية، وإذا كان المكان فى يد العامة فحفظه على العامة، لكن لا سبيل إلى إيجاب القسامة على الكل لتعذر الاستيفاء من الكل، وأمكن إيجاب الدية على الكل لا مكان الاستيفاء منهم بالأخذ من بيت المال، لأن مال بيت المال مالهم، فكان الأخذ من بيت المال استيفاء منهم.

وعلى هذا إذا وجد القتيل فى فلاة من الأرض ليست بملك لأحد فلا قسامة ولا دية إذا كان بحيث لا يسمع الصوت من الأمصار ولا من قرية من القرى ٠ فإن كان بحيث يسمع الصوت تجب القسامة على أقرب الموضع إليه من قرية أو مصر، لأنه إذا كان بحيث لا يسمع الصوت والغوث لا يلحق ذلك الموضع فلم يكن الموضع فى يد أحد فلم يوجد القتيل فى ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا فلا تجب فيه القسامة ولا الدية. وإذا كان بحيث يسمع الصوت والغوث يلحق بغيره فكان من نواحي أقرب الموضع إليه. وإن وجد فى نهر عظيم كالنيل والماء يجرى به فلا قسامة ولا دية لأن النهر العظيم ليس ملكا لأحد ولا فى يد أحد لأن قهر الماء يمنع الاستيلاء على المجرى، وأوجب زفر القسامة والدية على أقرب القرى من القتيل، وهذا قول ضعيف لأن الماء يسير به من مكان إلى مكان ولا يجوز أن تبنى الأحكام على المصادفة والاتفاق.

وهذا بخلاف الأنهار التى تكون تحت يد ملاكها وبخلاف ما لو كان محتبسا بالشط أو مربوطا أو ملقى عليه فإن كان الشط ملكا فحكمه حكم الأرض المملوكة والدار المملوكة إذا وجد فيها قتيل. وإن لم يكن الشط ملكا لأحد فعلى أقرب الموضع إليه من الأمصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية. ولا قسامة فى قتيل يوجد فى المساجد الجامعة ولا فى الشوارع العامة ولا الجسور العامة

لأنه لم يوجد الملك ولا يد الخصوص بل تجب الدية على بيت المال لأن تدبير هذه
المواضع ومصلحتها للعامة فكان حفظها عليهم فاذا قصرُوا ضمنوا ومال بيت المال
مالهم كما أسلفنا.

وفى هذا المقام تفريعات كثيرة فليرجع إليها فى البدائع والدر ورد المحتار وكتب
الفتاوى المطولة كالفتاوى الهندية.

رَفَعُ

عبد الرحمن النخدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الخامس

الدية والعاقلة

الفرع الاول

الدية

الدية فى اللغة مصدر ودى القاتل المقتول يديه اذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس. وقد نقل الشرع هذا اللفظ عن اللغة واستعمله فى نفس المعنى. والدية تطلق ايضا بكثرة على ما يطلق عليه الأرش كدية النفس ودية السن وقد كانت الدية معروفة عند العرب فى الجاهلية لكنها كانت تتفاوت على مقادير الأشخاص. فأقرها الإسلام لكنه سوى بين جميع النفوس البشرية فلا فرق بين عظيم وحقيق ولا صغير وكبير ولا عربى وغير عربى. وتقدير الدية ثابت بالسنة. وأما الكتاب فلم يتعرض للمقدار ولى بحث فى تقدير الدية إذا كانت فى غير الإبل لا يتسع له المقام هنا (١).

قال الله تعالى: «وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ. ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير

(١) الديانة المغلظة هى مائة من الإبل: ثلاثون حقه وثلاثون جذعة وأربعون خلفه،

والدية المخففة مائة أيضا: عشرون ابن مخاض وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون وعشرون حقه وعشرون جذعة (انظر المذهب فى باب الديانات).

والدية المغلظة عند أبى حنيفة وأصحابه مائة من الإبل أرباعا من بنت مخاض إلى جذعة من كل جنس خمس وعشرون.

والخطأ مائة من الإبل أخماسا ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقه وجذعة من كل عشرون.

وقد يؤدى بدل الإبل إما ألف دينار أو عشرة آلاف درهم (انظر كتاب الديانات فى الكنز وشروحه وكذا فى غيره من كتب المذهب)

وبنت المخاض من الإبل هى التى طعنت فى الثانية وابن المخاض مثلها وبنت اللبون هى التى طعنت فى الثالثة وابن اللبون مثلها والحقة هى التى طعنت فى الرابعة والجذعة هى التى طعنت فى الخامسة والتى طعنت فى السادسة تسمى ثنية والخلفة هى الحامل فى بطنها ولدها.

رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله. إلا أن يصدقوا. فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة. وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله. وكان الله عليما حكيما» ومقدار الدية للمسلم ولغير المسلم سواء عند أبي حنيفة وأصحابه وبعض فقهاء التابعين كما يقتض من المسلم إذا قتل غير مسلم وبالعكس لتساوى النفوس في العصمة. والدية تجب على القاتل لأن سبب الوجوب هو القتل. والقتل وجد من القاتل لكن إن كان القتل خطأ أو شبه عمد^(٢) تحملت العاقلة الدية عن القاتل. والقاتل واحد منهم فيغرم مثل أحدهم. وهذا إذا لم يثبت القتل باقرار القاتل وإلا كانت الدية عليه هو وحده. وكذا إذا صالح ولى الدم القاتل علي مال فإن بدل الصلح يجب في مال القاتل نفسه. وكذا إذا كان القتل عمدا ثم سقط لسبب ما كما إذا قتل الأب ابنه عمدا كانت الدية في مال القاتل وحده وذلك لأن تحمل العاقلة الدية هو من باب التعاون والتخفيف عن القاتل. والعمد لا يستحق التخفيف بخلاف المخطيء وغير متعمد القتل غير أنه إذا كان القاتل مجنونا أو صيبا فعمدهما في حكم خطأ لفقدان التمييز والبلوغ، فلا قصاص وإنما تجب الدية على العاقلة.

والدية تعتبر من تركة المقتول وكذا بدل الصلح فتسرى أحكام التركة على ذلك، فتقضى منه الديون ثم تنفذ الوصايا ثم يقسم الباقي على الورثة القسمة الشرعية. هذا - والقائلون بوجوب دية الخطأ وما الحق به على العاقلة هم جمهور الأمة، وخالفهم في ذلك أبو بكر الأصم وجمهور الخوارج واستدلوا على ذلك بوجوه^(٣). «الأول» أن قوله تعالى: «فتحرير رقبة مؤمنة» لاشك أنه ايجاب لذلك التحرير، والايجاب لابد فيه من شخص يجب عليه ذلك الفعل. والمذكور قبل هذه الآية هو القاتل، وهو قوله: «ومن قتل مؤمنا خطأ» فهذا الترتيب يوجب القطع بأن هذا التحرير انما أوجبه الله عليه لا على غيره أقول وهذا مما لا خلاف فيه وهو ليس في الموضوع

(٢) أنظر كتابنا بحث الموارث المقارن ومقالنا حول ميراث القاتل وكتابنا أحكام المرأة في الإسلام.

(٣) أنظر تفسير الإمام فخر الدين الرازي.

ولكنه كأنه تمهيد لما بعده.

«الثانى» أن هذه الجناية صدرت من القاتل، والمعقول هو أن الضمان لا يجب إلا على المتلف. أقصى ما فى الباب أن هذا الفعل صدر عنه علي سبيل الخطأ ولكن الفعل الخطأ قائم فى قيم المتلفات وأروش الجنايات(٤) مع أن تلك الضمانات لا تجب إلا على المتلف فكذا ها هنا.

«الثالث» أنه تعالى أوجب فى هذه الآية شيئين، تحرير الرقبة، وتسليم الدية ثم انعقد الاجماع على أن التحرير واجب على الجانى، فكذا الدية يجب أن تكون واجبة على القاتل، ضرورة أن اللفظ واحد فى الموضعين.

«الرابع» أن العاقلة لم يصدر عنهم جناية ولا ما يشبه الجناية، فوجب ألا يلزمهم شيء، للقرآن والخبر. أما القرآن فلقوله تعالى: «ولا تزر وازرة وزر أخرى» وقال تعالى: «ولا تكسب نفس إلا عليها» وقال «لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت» وأما الخبر فما روى أن أبا زمئة دخل على النبى صلى الله عليه وسلم ومعه ابنه، فقال له من هذا؟ فقال ابنى، قال انه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه. ومعلوم أنه ليس المقصود منه الأخبار عن نفس الجناية، إنما المقصود بيان أن أثر جنايتك لا يتعدى إلى ولدك، وبالعكس وكل ذلك يدل على أن ايجاب الدية على الجانى أولى من ايجابها على غيره.

«الخامس» أن النصوص تدل على أن مال الإنسان معصوم وأنه لا سبيل لأحد أن يأخذه منه، قال تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة» الآية. وقال عليه الصلاة والسلام «كل امرئ أحق بكسبه» وقال «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» وقال «لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه» فتركنا العمل بهذه العموميات فى الأشياء التى عرفنا بنص القرآن كونها موجبة لجواز الأخذ كما قلنا فى الزكاة، وكما قلنا فى الضمانات. وأما فى ايجاب الدية على العاقلة فالمعتمد فيه خبر الواحد. وتخصيص عموم القرآن بخبر الواحد لا يجوز لأن القرآن معلوم، وخبر الواحد مظنون، وتقديم المظنون

(٤) بعض أروش الجنايات يجب على العاقلة وبعضها يجب على القاتل مع الخلاف فى بعض التفصيلات وفى أصل الوجوب على ما هو موضح فى مطولات الكتب الفقهية.

على المعلوم غير جائز. ولأن هذا خبر واحد ورد فيما تعم به البلوى فيرد، ولأنه خبر واحد ورد على مخالفة جميع أصول الشرائع فوجب رده.

وأما الفقهاء فقد تمسكوا فيه بالخبر والأثر والآية. أما الخبر فما روى المغيرة أن امرأة ضربت بطن أخرى فألقت جنينا ميتا، ف قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم علي عاقلة الضاربة بالغرة (٥) فقال حمل بن مالك فقال كيف ندى من لا شرب ولا أكل، ولا صاح ولا استهل، ومثل ذلك مطل (٦) فقال صلى الله عليه هذه من سجع الجاهلية، وأما الأثر فهو أن عمر رضى الله عنه قضى على على رضى الله عنه بأن يعقل عن مولى صفية بنت عبدالمطلب حين جنى مولاها، وعلى كان ابن أخى صفية، فهذا يدل على أن الدية تجب على العاقلة اهـ. وأقول انه لم يذكر استدلال الفقهاء بالآية، فلي نظر. وقال فى معراج الدراية أن ايجاب الدية على العاقلة ثابت بالأحاديث المشهورة. وعليه عمل الصحابة والتابعين فيجوز الزيادة به على الكتاب.

على أن العاقلة يتحملون باعتبار تقصيرهم وتركهم حفظه ومراقبته وخصوا بالضم اليه لأنه إنما قصر لقوته بأنصاره، فكانوا هم المقصرين. وكانوا قبل الشرع يتحملون عنه تكهما واصطناعا للمعروف فالشرع قرر ذلك. وتوجد هذه العادة بين الناس فان من لحقه خسران من سرقة وحريق أو نحو ذلك يجمعون له مالا، لهذا المعنى أهـ. أنظر الدرر ورد المحتار

وأقول ومن هذا تحمل المتبوع خطأ التابع قانونا.

هذا وقد كانت المحكمة الدستورية العليا قد أصدرت حكما فى الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» بطلب الحكم بعدم دستورية المادتين ٢٣٨، ٢٤٤ من قانون العقوبات التى تقضيان بعقوبتى الحبس والغرامة لارتكاب جرائم القتل والاصابة الخطأ - اسنادا الى مخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية المعتبرة المصدر الرئيسى للتشريع، ذلك

(٥) هي دية الجنين وهي خمسمائة درهم، وأنظر كتابنا «التركة والحقوق المتعلقة بها».

(٦) أى يهدر.

أن العقوبة الشرعية المقررة لجريمتى القتل والإصابة الخطأ هي الدية وليس الحبس كما جاء بالنصوص المطعون عليها، ومن ذلك تكون هذه النصوص مخالفة لحكم المادة الثانية من الدستور.

وقضت المحكمة بجلسة ٢٠٠٢ / ٧ / ٧ أولاً: بعدم قبول الدعوى بالنسبة للطعن على الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٣٨ والفقرة الثالثة من المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات.

ثانياً: برفض ما عدا ذلك من طلبات.

وجاء بأسباب الحكم:

وحيث إن هذه المحكمة سبق أن تناولت بحث دستورية المادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ من قانون العقوبات من حيث مدى اتفاقهما وحكم المادة الثانية من الدستور، وذلك بحكمها الصادر في الدعوى رقم ١٥٠ لسنة ٤ قضائية «دستورية»، والذي قضى برفض الدعوى تأسيساً على أن إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي للتشريع - بعد تعديل المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه هذا الإلزام، بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلاً قبله. ونشر الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٥ / ٦ / ١٩٨٩، وكان مقتضى نص المادتين ٤٨ و ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة فى الدعاوى الدستورية حجية مطلقة فى مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة وسلطاتها المختلفة باعتباره قولاً فصللاً فى المسألة التى فصل فيها، وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته، لما كان ذلك وكان نص الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٣٨ وكذا نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات لازالت على وضعها كما كان معروضاً على المحكمة الدستورية العليا فى

الدعوى السابقة دون أن يطرأ على أى منها تعديل لاحق لتعديل المادة الثانية من الدستور، فإن قضاء هذه المحكمة فى شأن تلك النصوص يحوز حجية مطلقة، بما يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة للطعن على تلك الفقرات، أما نص الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات فقد تم تعديله بمقتضى القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢، فلا يكون للحكم السابق الصادر من الدعوى ١٥٠ لسنة ٤ قضائية «دستورية» المشار إليه ثمة حجية بالنسبة للدعوى الماثلة، والتى يتحدد نطاقها بما ورد بتلك الفقرة وحدها.

وحيث إن النعى بمخالفة النص الطعين لحكم المادة الثانية من الدستور مردود، ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن النص فى المادة الثانية من الدستور - بعد تعديله فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع، إنما يتجلى عن دعوة المشرع كى يتخذ من الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً فيما يسنه من تشريعات تصدر بعد العمل بالتعديل الدستورى المشار إليه، فلا يجوز منذ ذلك التاريخ للنص التشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى لا تحتل اجتهاداً، ومن ثم لا يقبل إقرار أية قاعدة قانونية تخالفها، وليست كذلك الأحكام الظنية فى ثبوتها أو دالاتها أو فيها معاً، وهى التى تتسع لدائرة الاجتهاد ويسطع فيها تنظيماً لشئون العباد، وضماناً لمصالحهم، وهو اجتهاد وإن كان حقاً لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق مقررراً لولى الأمر، يبذل جهده فى استنباط الحكم الشرعى من الدليل التفصيلى، ويعمل حكم العقل فيما لا نص فيه توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بعباده وتسعها الشريعة الإسلامية التى لا تضيفى قدسية على آراء أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدال غيرها بها بمراعاة المصلحة الحقيقية التى لا تناقض المقاصد العليا للشريعة، فالآراء الاجتهادية لا تجاوز حجتها قدر اقتناع أصحابها بها، ولا يساغ بالتالى اعتبارها شرعاً لا يجوز نقضه، وإلا كان ذلك نهياً عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى وإنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل فى كل اجتهاد، ومن

ثم صح القول بأن اجتهاد أحد الفقهاء ليس بالضرورة أحق بالاتباع من اجتهاد غيره، وربما كان أضعف الآراء أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة، ولو كان مخالفاً لأقوال امتد العمل بها زمناً.

وحيث أن إجماع الفقهاء منعقد على أنه إذا وقعت جريمة القتل غير العمدى، وجب على الجانى - أو عائلته - أن يؤدى لورثة القتيل مائة من الإبل، اختلف العلماء فى نوعها، وأجاز البعض نقلاً عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - أداؤها من الذهب أو الفضة، أما إذا وقعت الجريمة على ما دون النفس لزم الجانى أن يؤدى للمجنى عليه أرش الجراح، وهو إما أن يكون دية كاملة أو جزء من الدية بحسب جسامة أو تفاهة الإصابات التى لحقت بالمجنى عليه، وبصرف النظر عما وقع بين العلماء من خلاف فى تكييف طبيعة الدية أو الأرش، وهل هى عقوبة أو تعويض للمجنى عليه أو هى كلاهما، فقد أقر فريق من العلماء بحق ولى الأمر فى تقرير عقوبات تعزيرية لبعض الجرائم - حتى لو كانت من جرائم الحدود - إذا كان القصد من ذلك الردع والزجر مع الإصلاح والتهذيب، خاصة إذا كان التقرير للمصلحة العامة، فلا يحول وجود عقوبة شرعية لبعض الجرائم دون حق ولى الأمر فى تقرير عقوبات تعزيرية كالوعظ والتهديد والتوبيخ والحبس والغرامة والنفى، ولا خلاف بين العلماء فى أن العقوبات التعزيرية تتغير بحسب اقتضاء المصلحة زماناً أو مكاناً أو حالاً، كما تتغير مقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها بحسب جسامة الجناية وسن الجانى وغير ذلك من الظروف الملابسة لارتكابها.

وحيث إنه لما كان ما تقدم، وكان الشريعة الغراء قد خلت من مبدأ قطعى الثبوت والدلالة يقرر حكماً فاصلاً فى شأن امتناع التعزير فى الجرائم التى تقع على ما دون النفس، فإن النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات إذ تضمن عقوبات تعزيرية على مقترف هذه الجريمة ألا وهى الحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه أو بإحدىهما، ولا يكون مخالفاً فى ذاته لمبادئ الشريعة الإسلامية.

وحيث أنه لما كان ما تقدم، فإنه يتعين رفض الدعوى.

الفرع الثانى

العاقلة

العاقلة هى التى تعقل عن القاتل خطأ أى تتحمل الدية عنه وهو واحد منها أو تتحملها هى وحدها، على الخلاف فى ذلك وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماء عن أن تسفك، أى تمسكها، ومن ذلك سمي العقل عقلا لأنه يمسك صاحبه عن أن يصدر عنه مالا يليق. وتقول عقل زيد بكرا أى دفع ديته اذا كان زيد قاتلا وبكر مقتولا بفعل زيد وعقل زيد عن بكر اذا كان بكر قد قتل عمرا (مثلا) فتحمل زيد الدية عنه.

والعاقلة عند أبى حنيفة وأصحابه هم أهل الديوان، والديوان هو الجريدة تكتب فيها الاسماء، (أى كشف الأسماء) مأخوذة من دون الكتب أى جمعها لأن قطع الورق مجموعة (دفاتر) والمشهور أن أول من دون الدواوين فى الاسلام عمر بن الخطاب رضى الله عنه فهو الذى رتب الجرائد للولاة والقضاة. ويقال فلان من أهل الديوان الفلانى أى ممن أثبت اسمه فى جريدته.

ونقل من غاية البيان عن الكافى للحاكم الشهيد قال بلغنا أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرض المعاقل (١) على أهل الديوان وكان العقل (٢٦) قبل ذلك عن عشيرة الرجال فى أموالهم. ولم يكن ذلك من عمر تغييرا لحكم الشرع بل هو تقرير له لأنه عرف أن عشيرته كانوا يتحملون الدية عنه بطريق النصرة.

فلما كان التناصر بالرايات جعل العقل عليهم حتى أنه لا يجب على النساء والصبيان لأنه لا يحصل بهم التناصر اهـ .

(١) المعاقل جمع معقلة وهى الدية

(٢) العقل هو الدية أيضا وقد تقدم فى أول الكلام.

وتؤخذ الدية من عطايا أهل الديوان أو من أرزاقهم (٣).

ملحوظة: النساء والذرية والمجانين ان كان له رزق في الديوان (كالمعاش عندنا الآن) لا شيء عليهم من الدية لأنهم ليسوا من أهل النصره لكن لو باشر أحد منهم القتل ووجبت الدية شارك القاتل أهل الديوان في دفع الدية كواحد منهم وهذا هو الصحيح، وقيل لا يشاركونهم وهذا قول مرجوح.

وأهل كل ديوان يعقلون عمن دون اسمه معهم في ديوانهم.

وان لم يكن القاتل من أهل الديوان فعائلته قبيلته وأقاربه وكل من يتناصر به، فان لم تسع القبيلة ذلك ضم اليهم أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصابات، والقاتل يعتبر واحدا منهم في توزيع الدية عليهم، وفي هذا خلاف بين الأئمة. وإن كان القاتل مولى أدنى فعائلته سيده وقبيلة سيده.

وكل ما تقدم إنما هو في العرب وأما في غير العرب فقليل أن الدية تجب في مال القاتل وحده لفقدان تلك الرابطة التي بين العرب، وقيل أن لهم عواقل لأنهم يتناصرون كالعرب. وعلى هذا يعتبر كل جماعة تربطهم رابطة واحدة عاقلة لمن يرتكب فعل القتل الخطأ منهم. فأهل كل قرية من القرى المصرية جماعة مستقلة تعقل عمن يقتل منهم خطأ وكذا أهل كل محلة من المدن وأهل كل حرف من الحرف. وطلبة العلم بالجامعة جماعة واحدة تنتظم جماعات بهم طلاب الكليات، وكذا طلاب المعاهد الدينية. وقد كان حصل في عهد بعض مشايخ الأزهر السابقين مضاربة بين جماعة من طلاب العلم من أهل مديرية الشرقية وأهل الصعيد فوقع بين الطائفتين قتيل من أهل الشرقية فأمر الشيخ بأن يدفع طلاب العلم من أهل الصعيد دية القتيل وأخذ ذلك من جرياتهم وأعطيت لورثة المقتول حتى استوفيت الدية كلها.

(٣) الفرق بين العطية والرزق أن الرزق ما يعطى من بيت المال (ماهيات الموظفين من المالية الآن) لعمال الدولة ومنهم الجنود، ولكنه كان يعطى بقدر الحاجة والكفاية في مدد دورية كشهر أو يوم فهو منظور فيه الى قدر حاجة العامل وكفاية أولاده ومن يعولهم بخلاف المرتبات عندنا. والعطية أو العطاء ما يفرض كل سنة لا بقدر الحاجة بل بصبر المجاهد وعنائه كالمكافآت عندنا. وجمع العطاء أعطية وجمع الجمع أعطيات.

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل السادس

خاتمة

والحاصل: أن التناصر هو الأصل في هذا الباب. ومعنى التناصر أنه إذا حزبه أمر قاموا معه في كفايته (١) وإن كان للقاتل متناصرون متعدون فالعاقلة أولاهم أهل الديوان ثم العشيرة، ثم أهل المحلة، ثم أهل السوق. فإذا انتفى التناصر كانت الدية في بيت المال، في ظاهر الرواية وقيل في مال القاتل. ونقل في رد المحتار عن المجتبي ما نصه: زماننا بخوارزم لا تكون إلا في مال الجاني إلا إذا كان من أهل قرية أو محلة يتناصرون، لأن العشائر فيها قد ذهبت، ورحمة التناصر من بينهم قد رفعت، وبيت المال قد انهدم. نعم أسامى أهلها مكتوبة في الديوان ألفوا ومئات لكن لا يتناصرون به فتعين أن تجب في ماله.

أقول: والقول الفصل في هذه المسألة على ما أرى هو أن كان القاتل خطأ مسلماً أو غير مسلم فالدية على عاقلته فإن لم يكن له عاقلة ففي ماله وإلا ففي بيت المال — وهذا عندنا — وذلك لأن من مات ولا وارث له ولا وصية أو وصية لا تحوز كل التركة تركة كانت التركة كلها أو ما تبقى منها بعد الوصية لبيت المال — والغرم

(١) كما قال المتنبي:

سأطلب حقي بالقنا ومشايخ
كأنهم من طول ما التثموا مرد
تقال إذا لاقوا، خفاف إذا دعوا
كثير إذ شدوا قليل إذا عدوا

وكما قال قريظ بن أنيف:

لو كنت من مازن لم تستبح أبلى
بنو اللقيطة من ذهل بن شيبانسا
إذا لقام بنصرى معشر خشن
عند الحفيظة أن ذولثة لانا
قوم إذا الشر أبدى ناجذيه لهم
طاروا إليه زرافات ووحدانا

بالغنم — على ما عليه العمل (٢).

وبعد فانظر أحكام تركة من يموت عن غير وارث أو عن وارث لا يحوز كل
التركة فى جميع كتب الشرع الإسلامى، وانظر أيضا أقسام بيت المال وموارد كل
قسم منها ومصارفه على ما رسمه فقهاؤنا .
والتوفيق بيد الله وحده، والله هو المستعان

(٢) بصدور القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الموارث تسرى قواعده على المصريين جميعا مسلمين وغير
مسلمين. مع مراعاة ما نصن عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤. وتنص الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من قانون
الموارث على أنه «فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء — (الورثة والموصى لهم والمقر له بنسب فيه تحميل على الغير)
— آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العامة».

الباب السابع

القرينة

معنى القرينة

القرينة في القانون

القرائن الشرعية

القرائن الشرعية القانونية

القرائن الشرعية القضائية

مقطعات من القرائن الشرعية

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

مقدمة

معنى القرينة

معنى القرينة في اللغة ما يدل على الشيء مأخوذة من المقارنة بمعنى المصاحبة، وقد تكون دلالتها قوية أو ضعيفة علي حسب قوة المصاحبة وضعفها وقد ترتقي إلى درجة القطع أو تهبط إلي درجة الاحتمال البعيد جدا بحيث تصبح لا يعبأ بها. فهي في حيز التردد. والمرجع في ضبطها واصطيادها إلى قوة الذهن والفطنة واليقظة وما يفيضه الله تعالى على عباده من المواهب، ورحم الله ابن الرومي إذ يقول:

وخبيء الفؤاد بعلمه العاقل قبل السماع بالايحاء
وظنون الذكي أنفذ في الحق سهاما من رؤية الأغبياء

وقد نص العلامة بدر الدين بن الغرس الحنفي في كتابه الفواكه البدرية علي أن القرينة القاطعة (١) من طرق الحكم ومثل لذلك بظهور انسان من دار ومعه سكين في يده وهو متلوث بالدماء سريع الحركة عليه اثر الخوف ظاهرا فدخلوا الدار في ذلك الوقت علي الفور فوجدوا فيها انسانا مذبوحا لذلك الحين وهو مضرج بدمائه ولم يكن معه في الدار غير ذلك الرجل الذي وجد بتلك الصفة وهو خارج من الدار فانه

(١) قسم شراح القانون القرائن إلى قانونية وقضائية. وقسم القانونية إلى قسمين: قرائن يجوز نقضها باثبات ما يخالفها، وقرائن لا يجوز نقضها والأصل أن كل قرينة يجوز نقضها. ولا ينخلف حكم هذه القاعدة إلا في أحوال استثنائية منصوص عليها في القانون كالأحكام القضائية، ومضي المدة، وكل أمر يعتبره القانون برهانا قاطعا على ثبوت أمر آخر. ولا يجوز اثبات ما يخالف القرينة القانونية إلا في حالة واحدة وهي وجود سند الدين بيد المدين فانه قرينة على انقضاء التعهد ولكن يجوز للدائن أن يشبث أن وجود السند بيد المدين جاء من طريق سرقة أو غصبه لا أنه سلمه اليه حين الوفاء بالالتزام والقرائن القضائية هي الأدلة التي يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وأحوالها باجتهاده وإعمال فكرته، وهي ترجع في الحقيقة إلى قوة الذهن وبراعة المحامي ووضوح الوقائع وغير ذلك، وكل قرينة من هذا القبيل ليست قاطعة، وكلها تقبل النقض.

يؤخذ به وهو ظاهر إذ لا يمتري أحد بأنه قاتله والقول بأنه ذبح نفسه أو أن غير ذلك الرجل قتله ثم تسور الحائط احتمال بعيد لا يلتفت إليه إذ لم ينشأ عن دليل. يستعمل العلماء العلم القطعي في معنيين.

أحدهما ما يقطع الاحتمال أصلاً كالمحكم والمتواتر.

والثاني ما يقطع الاحتمال الناشئ عن الدليل كالظاهر والنص والخبر المشهور

فالأول يسمونه علم اليقين والثاني يسمونه علم الظمأنينة أهـ من التوضيح وانظر

مذكرتنا في علم الأصول

- والقرينة القاطعة من قبيل ما يفيد العلم الثاني.

ونقل في تكملة رد المحتار عن صاحب البحر أنه لم ير ما قاله ابن الغرس لغيره. ثم قال: قال بعض الأفاضل صريح قول ابن الغرس (فقد قالوا) أنه منقول عن أصحاب المذهب لا أنه قاله من عند نفسه. وعدم رؤية صاحب البحر له لا يقتضي عدم وجوده في كلامهم والمثبت مقدم، لكن قال الخير الرملي: لاشك أن ما زاده ابن الغرس غريب خارج عن الجادة فلا ينبغي التعويل عليه ما لم يعضده نقل من كتاب معتمد فلا تغتر به والله تعالى أعلم أهـ قال في التكملة: والحق أن هذا محل تأمل ولا يظن أن في مثل هذا يجب القصاص مع أن الإنسان قد يقتل نفسه وقد يقتله آخر ويفر وقد يكون أراد قتل الخارج فأخذ السكين وأصاب نفسه فأخذها الخارج وفر منه وخرج مذعوراً وقد يكون اتفق دخوله فوجده مقتولاً فخاف من ذلك وفر وقد يكون السكين بيد الداخل فأراد قتل الخارج ولم يتخلص منه إلا بالقتل فصار من باب دفع الصائل (الدفاع عن النفس) فلينظر التحقيق في هذه المسألة.

وأقول إن كثيراً من الاحتمالات المذكورة آنفاً يتكفل بالجواب عنه الطب الشرعي وعلم تحقيق الجنايات.

هذا. وكتب المذهب مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة (أنظر مبحث

التنازع بالأيدى وما يطلق للشاهد الشهادة)

ولكنى لم أجدهم اعتبروا القرينة من أسباب قضاء الاستحقاق الا في النكول
علي قول الصاحبين ولعل ذلك مبنى على شدة احتياطهم بسبب عدم انضباط
القرائن التي هى من قبيل القرائن القضائية وانظر شرح المجلة العدلية للأستاذ
الفاضل علي أفندى حيدر صفحة (١٤٦) وما بعدها من الفصل الثانى من الباب
الثانى من الكتاب الخامس عشر.

رَفْعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

القرينة فى القانون

القرينة هى استنباط الشارع أو القاضي أمرا مجهولا من أمر معلوم فهى دليل غير مباشر كالشهادة وإقرار المدعى عليه.

والقرائن أضعف من غيرها من الأدلة لأنها استنتاجات. وكثيرا ما تكذب ظواهر الأمور. وما أكثر خطأ الانسان في استنتاجاته منها. وهى نوعان قانونية، وقضائية.

فالقرائن القانونية هى التى نص عليها القانون نصا صريحا وهى من استنباط الشارع نفسه، وهى مبشرة في القانون في شكل مواد. وليس للقاضى أن يتصرف فيها و لو اعتقد عدم صحة تطبيقها علي الحادثة الجزئية التى ينظر فيها. وذلك لأنها تقررت بنص القانون. وهو لا يقول في حكمه: أنه حكم بناء علي قرينة كذا. وانما يقول: انه حكم بناء علي المادة كذا، ويكفي من كانت القرينة فى مصلحته أن يتمسك بالمادة التى نصت عليها(١)

(١) والحاصل أن الشارع اذا وضع في القانون قاعدة كلية استنبطها من القرينة فالواجب علي القضاة أن يطبقوا أحكامهم علي تلك القاعدة الكلية وليس لهم أن يلتفتوا إلى الأصل الذى استنبط منه الشارع تلك القاعدة لأن الواجب عليهم هو العمل بنصوص القانون ولو ظهر في بعض الحوادث للقاضى أن العدل يقضى بمخالفة القاعدة (أنظر مذكرتنا فى علم الأصول ففيها هذا البحث واف جدا) وكذلك الشأن في الأحكام الشرعية التى أساسها في الأصل القرائن ككون الولد للفراش فالواجب على قضاة الشرع ألا يحكموا بأن الولد لغير الزوج صاحب الفراش مهما كانت الأدلة والأمارات ضده ولا يجوز لصاحب الفراش الشرعى أن يتنازل عن نسب الولد لغيره لمخالفة ذلك للشرع باجماع الفقهاء إذ النسب من حقوق الله كما أسلفنا غير أن للزوج صاحب الفراش نفى الولد باللعان على ما رسم لذلك شرعا. ومع هذا اذا انتفى نسب للولد عنه باللعان فلا يثبت بعد ذلك من غيره وانما يكون نسب الولد قاصرا على أمه وأقاربها. فلا تسه عن هذا.

و القرائن التى اعتبرها واضع القانون أساسا لتشريعہ فقد أصبحت قانونا يتحتم علي القاضى أن يعمل به مطلقا في جميع الجزئيات التى تندرج تحت قاعدتها الكلية، ولا بحث له فيما وراء ذلك(٢)

والقرائن القضائية هى التى ينبغى أن توسم في الحقيقة بأنها أضعف الأدلة في الجملة.

وتنقسم القرائن القانونية إلي قسمين:

القسم الأول قرائن قانونية قاطعة: وهى اما أن يكون من شأنها إبطال عقد اتقاء لمخالفة أحكام القانون.

أو يكون الغرض منها منع سماع دعوى.

فمن النوع الأول بيع المريض مرض الموت لوارثه إلا اذا أجازہ باقى الورثة، وكذا غير الوارث فانه يبطل فيما زاده على ثلث مال البائع. ومن ذلك البيع الذى يكون للقضاة أو أعضاء النيابة أو كتبة المحاكم أو المحضرين أو المحامين في الحقوق المتنازع فيها التى تكون رؤيتها من اختصاص المحاكم التى يؤدون فيها عملهم فان القانون يعتبره باطلا ويتخذہ واضعه قرينة علي استعمال نفوذ الحاكم أو الاكراه أو الرشوة.. الخ. ومن ذلك تصرفات المفلس التى فيها اضرار بدائنيه أو تمييز لبعضهم على بعض.

(٢) مادة ٩٩ اثبات «القرينة القانونية تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات علي أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

- مادة ١٠٠ اثبات «يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا في الأحوال التى يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود».

- مادة ١٤٧ مشروع قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية «القرينة الشرعية تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات علي أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك».

- مادة ١٥٠ مشروع قانون الاثبات والمواد المدنية والتجارية مطابقة للمادة ١٠٠ من قانون الاثبات.

ومن النوع الثانى قوة الشيء المحكوم به (٣) وقرينة الملك الاستفادة من مضى المدة، وقرينة التخلصى الاستفادة من مضى المدة المسقط لسماع الدعوى، وهى تنقسم باعتبار آخر إلى نوعين:

الأول: أن يكون مراعى فيها المصلحة العامة، وهذه لا تقبل إثبات ما يخالفها مطلقاً ولا يجوز فيها استجواب الخصم توصلاً إلى إقراره، أو توجيه اليمين الحاسمة إليه، ويندرج تحتها قرينة قوة الشيء المحكوم به، والقرينة الاستفادة من مضى المدة الطويلة. فإن واضع القانون لم يعتبر هذا النوع من القرائن ملكاً للخصم بل اعتبره ملكاً للعامة وشرعه لمصلحتهم محافظة على النظام العام ومن هذا أيضاً قرينة العلم بالقانون بعد نشره فى الجريدة الرسمية.

الثانى: أن يكون للمصلحة الخاصة كما فى بيع المريض مرض الموت إذا أقر الوارث بأن البيع كان بيعاً حقيقياً فإنه ينفذ، وهذا النوع من القرائن يجوز إثبات ما يخالفه باستجواب الخصم للحصول على إقراره، أو توجيه اليمين الحاسمة إليه .
(القسم الثانى) قرائن قانونية غير قاطعة: وهذه القرائن تقبل إثبات ما ينقضها. ومن أمثلتها وجود سند الدين تحت يد المدين أهـ .

القرائن القضائية : وهى التى لا يؤخذ بها إلا حيث يؤخذ بالشهود، وللقاضى الحرية الكاملة فى استنتاجها، ولم يقيده واضع القانون بأى قيد ولا اشترط عليه أى شرط بل وكل الأمر إلى ذكائه وفراسته.

وتمَّ قرائن هى القرائن الطبيعية وهى قرائن قاطعة بحسب المشاهدة والاستقراء كاستلزام ثبوت حياة إنسان فى زمن معين أنه كان حياً قبل ذلك التاريخ (أى بحسب ما تشهد سنه) وكذا موت إنسان مضى على ولادته مائتا سنة (مثلاً).

(٣) - مادة ١٠١ اثبات «الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل بنقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتنبق بذات الحق محللاً وسبباً.

- وجاء نص المادة ١٤٨ من مشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية مطابقاً لهذا النص.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثانى

القرائن الشرعية

مقدمة

تقسيم القرائن الشرعية

وإنى استحسن أن أجارى هذا التقسيم القانونى للقرائن من تقسيمها إلى قرائن قانونية وقرائن قضائية.

فأقسمها أنا أيضا إلى

قرائن شرعية.

وقرائن قضائية.

وأعنى بالأولى ما نص عليه الشارع أو استنبطه أئمة الشريعة باجتهادهم وصار شرعا اجتهاديا يفتى به المفتون ويحكم به القضاة المقلدون لذلك المجتهد.

وبالثانى ما يستنبطه القاضى من الحادثة التى ينظرها ومن كل ما يلابسها بذكائه وفطنته، وقد يلهم ذلك الهاما.

الفرع الأول

القرائن الشرعية

هي مبثثة في كتب الفقه وهاك أهمها: (١)

(أ) ثبوت النسب في النكاح الصحيح وكون الولد للفراش. وإذا كان النكاح صحيحا فنسب الولد يثبت من أبيه وهو الزوج شرعا مع احتمال كونه من غيره حتى ولو قامت قرينة أخرى قوية جدا على أنه لغير صاحب الفراش (وانظر ما سيأتى فى القيافة) لكن الشارع اعتبر قيام الزوجية قرينة قاطعة على كون الولد من الزوج لا من غيره وقرر ذلك بقوله «الولد للفراش» وأما ثبوت النسب من الأم فيصح أن يبنى على المشاهدة. انظر ثبوت النسب والإقرار بالنسب فيما قدمناه من هذا الكتاب.

(ب) تصرفات المريض مرض الموت الضارة بالدائنين أو الورثة كوقفه وهبته وكفالة وسائر تبرعاته وإقراره لوارثه وإقراره لأجنبي وطلاقه إلخ، وما لا حظ للفقهاء فى ذلك من الملاحظات الدقيقة أخذا من قيام التهمة واتخاذها قرينة من حيث الظاهر على إضرار الدائنين أو الورثة واتخاذ ما فيه حماية لحقوق الجميع (انظر كتابنا الأحوال الشخصية فى طلاق المريض وكتابنا الأهلية وعوارضها وما تقدم فى إقرار المريض).

(ج) الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه واتخاذ ذلك قرينة على موته، وانظر اختلاف أنظار الفقهاء فى تقدير المدة التى يحكم فيها بوفاته وما يتعلق به من الأحكام قبل الحكم بموته وبعده، ثم الحكم إذا ظهر حيا بعد أن حكم الحاكم بموته بالنسبة لأمواله وزوجته وما عليه العمل الآن فى المحاكم بناء على المادة (٨) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ والمادتين (٢١، ٢٢) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢.

(١) القرائن الشرعية القانونية

(راجع كتابنا الأحوال الشخصية) ثم اقرأ ما جاء فى العدد ١٥٧ صفحة ١٧ من السياسة الأسبوعية وقارن بين ما قاله فقهاء الشريعة الإسلامية وما نص عليه القانون الألمانى.

(د) تصرفات المفلس الضارة بالدائنين أو بعضهم مردودة لقيام القرينة على سوء قصده ولو ظاهرا - راجع مذهب الصاحبين فى الحجر والتفليس وما جاء فى كتب الأئمة الثلاثة بشأن ذلك.

(هـ) وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة ظاهرة على إيفاء الدين، وقد نص على ذلك ابن فرحون فى باب القرائن وحكى خلافا فى المسألة، ونص عليه أيضا فى باب القضاء بشهادة الوثيقة.

(و) إذا فرق القاضى بين العنين وامراته بسبب العنة ثم جاءت بعد التفريق بولد إلى ستين ثبت نسبه منه ويبطل التفريق لأنه لما ثبت نسبه كان ذلك قرينة ظاهرة على أن الرجل ليس بعنين. وبذلك يظهر بطلان الفرقة. انظر هذا البحث فى التبيين وحاشيته وفى فتح القدير. (وما عليه العمل الآن إلى سنة واحدة)

(ز) عدم سماع الدعوى بعد مضى المدة الطويلة فى الوقف والارث وغيرهما على ما بين فى محله (راجع كتاب الدعوى) وهذا بناء على شهادة الظاهر فى كذب المدعى فى دعواه واتخاذ ذلك قرينة بنى عليها منع سماع الدعوى لكن عند الانكار فقط.

(ح) قال فى الاشباه: المقضى عليه فى حادثة لا تسمع دعواه ولا يئته الا اذا ادعى تلقى الملك من المدعى أو ادعى التناج، أو برهن على ابطال القضاء، كما ذكر العمادى. والدفع بعد القضاء بواحد مما ذكر صحيح وينقض القضاء، فكما يسمع الدفع قبله يسمع بعده لكن بهذه الثلاثة انتهى بنصه (٢): وهذا يقابل قوة الشئ المحكوم به قانونا فيما لا تسمع فيه الدعوى بعد القضاء ووجهة النظر واحدة.

(٢) وقد شرحت ذلك شرحا وافيا فى «كتاب الدعوى» عند الكلام فى دفع الدعوى.

(ط) المقيم بدار الاسلام لا يعذر اذا ادعى الجهل ببعض أحكام الشرع، الا اذا كان من أهل دار الحرب وأسلم حديثا ودخل دارنا وارتكب ما يوجب الحد فور دخوله وهو يجهل حرمة ما ارتكب فانه يعذر على الصحيح.

وانظر هذا البحث في رد المحتار وفي كتابنا الأهلية وعوارضها في عارض الجهل. وهذا يقابل افتراض العلم بالقانون بعد نشره بالجريدة الرسمية اذ يتخذ في كل وجود الشخص على أرض الدولة قرينة على علمه بأحكام شرعها وقوانينها لشيوعها وذيوعها.

(ي) القضاء بالنكول ليس الا رجوعا الى مجرد القرينة الظاهرة فقدمت على أصل براءة الذمة. أنظر مبحث النكول في كتابنا هذا.

(ك) اذا اختلى الرجل بأمرأته من نكاح صحيح وأرخص عليهما الستر ثم طلقها وقال لم أصبها، وادعت أنه وصل اليها صدقت وكان عليه المهر كاملا (أنظر كتابنا الأحوال الشخصية والتبصرة).

(ل) تنازع الزوجين في متاع البيت مع عدم البينة يرجع فيه الى القرائن الظاهرة (أنظر كتابنا الأحوال الشخصية) ..

وبالجملة فالأمثلة على ذلك كثيرة لا تحصى.

الفرع الثاني

«القرائن القضائية» (١)

قال في التبصرة:

قد جاء العمل بالقرائن والأمارات الظاهرة في مسائل اتفقت عليها المذاهب الأربعة وبعضها قال به المالكية فقط.

فمن ذلك قولهم في الركاز إذا كانت عليه علامة المسلمين سمي كنزا وهو كاللقطة والا فهو ركاز جاهلي (أنظر باب الركاز)

(ومنه) جواز دفع اللقطة لمن يصفها بخصائصها ومثل اللقطة الوديدة والسرقة وشبههما إذا جهل صاحبها.

(ومنه) الاستدلال بسكوت البكر على اذنها أو اجازتها (أنظر كتاب النكاح) (ومنه) اعتبار اللوث والاعتماد عليه في القسامة.

(ومنه) ما إذا شهد شاهدان في الصحو في المصر الكبير على هلال رمضان ولم يره غيرهما قال مالك هما شاهدا سوء لأن ذلك قرينة ظاهرة في كذبهما.

(ومنه) استلحاق من يكذبه العقل لصغر المستلحق، أو الشرع لشهرة نسبه أو تكذبه العادة كدعوى رجل دارا بيد آخر حائز لها يتصرف فيها تصرف المالك في ملكه مدة طويلة كعشر سنين، والمدعى مشاهد ساكت ولا مانع يمنعه من مطالبة الحائز بها واقامة الدعوى عليه (أنظر مبحث التناقض ومنع سماع الدعوى).

(ومنه) اقرار المريض لو ارث أو صديق ملاطف فانه لا يقبل لقيام قرينة التهمة وقد تقدم.

(ومنه) ما ذهب اليه مالك وأحمد من أنه لا يقبل قول المرأة ان زوجها لم يكن ينفق عليها فيما مضى من الزمان وهما في بيت واحد لأن ذلك قرينة على كذبها.

(ومنه) انعقاد التبائع بالمعاطاة من غير لفظ اكتفاء بالقرائن والأمرات الدالة على الرضا.

(ومنه) أن مالكا رحمه الله يجعل الرهن كالشاهد في قدر الدين الى مبلغ قيمة الرهن.

(ومنه) اذا كان لك مال في ذمة رجل فأمرته أن ينفقه في عمارة دار فقال أنفقته وفي الدار أثر يشبه أن ينفق فيه مثل ذلك فانه يصدق في قوله مع يمينه (أنظر حكم ما اذا ادعى الولي أو الوصى الانفاق على الصغير، وكذا ناظر الوقف في الانفاق على عمارته).

(ومنه) ما اذا وهب هبة تقتضى أنه يريد بها العوض فان القرائن الدالة على أنه قصد ذلك تقوم مقام الشرط مثل ان يهب الفقير لغنى بخلاف العكس. وقد قالوا ان المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

(ومنه) ما اذا وجد على كتاب ما يدل على أنه وقف فللحاكم أن يحكم بذلك بناء على تلك القرينة الظاهرة. ومثله الاعتماد على ما يوجد على أبواب الربط والمدارس من الأحجار المكتوب عليها الوقفية وتلخيص شروطها اذا كانت تلك الأحجار قديمة واشتهر ذلك.

(ومنه) ما اذا تداعيا جدارا متصلا ببناء أحدهما وعليه جذوع للآخر فهو لمن اتصل ببنائه ولصاحب الجذوع موضع جذوعه لأنه حوزة ويقضى بالجدار لمن عليه عقود الأربطة، وللآخر بموضع جذوعه. وقد أورد صورا أخرى لذلك (٢).

ثم نقل ابن فرحون عن القرافى ما نصه: المدرك في هذه الفتاوى كلها شواهد العادات، فمن ثبت عنده عادة قضى بها، واذا اختلفت العادات في الاعصار والأمصار وجب اختلاف هذه الأحكام فان القاعدة المجمع عليها - ان كل حكم مبنى على عادة اذا تغيرت العادة تغير الحكم أهـ.

أقول: ومثله قول الاشباه: العادة محكمة.

(٢) أنظر جامع الفصولين ففيه هذه المسائل وافية جدا.

ومما حكاه ابن فرحون من ذلك: حكم عمر بن الخطاب رضى الله عنه برجم المرأة التى ظهر بها حمل ولا زوج لها. وقال بذلك مالك وأحمد إعتمادا على القرينة الظاهرة.

ومثل ذلك حكمه هو وعثمان وعبدالله ابن مسعود رضى الله عنهم بوجوب الحد على من وجد فيه رائحة الخمر أو قاءها اعتمادا على القرينة الظاهرة وهو مذهب مالك رحمه الله أهـ. ومثله فى اعلام الموقعين.

أقول: ان لى فى اقامة الحد بالسبيين المذكورين آنفا نظرا، كيف لا ، وقد ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أدرءوا الحدود بالشبهات» ولا شك أن الشبهات هنا قائمة اذ يحتمل أن يكون لتلك المرأة زوج هو الذى أحبلها، ويحتمل أنها أكرهت أو اضطرت الى الزنا ويحتمل أن الحمل بطريق غير الواقعة كما نص عليه بعض الفقهاء وكما أثبتته الطب الحديث (انظر كتاب تعليل النوع) الى غير ذلك من الاحتمالات ويقال مثل هذا فى المسألة الثانية فالاحتمال قائم والأمر مشكل جدا اللهم الا اذا قيل ان هذا من باب السياسة الشرعية لظروف اقتضت ذلك وللإمام أن يعمل ما فيه المصلحة مهتديا بهدى الشرع، والله أعلم بحقيقة الحال.

هذا وقد كانت اللائحة الشرعية قد اجازت الحكم بالقرائن بمقتضى المادة (١٢٣) (٢) التى نصها «الأدلة الشرعية هى ما يدل على الحق ويظهره من اقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة» وقد اقتدت اللائحة فى ذلك بالمجلة العدلية فى المادة (١٧٤٠) وأقول ان المراد بالقاطعة، القوية بلا شك ولا ريب لبقاء الاحتمال مع وجود القرينة كما لا يخفى لكن الناحية التى تؤيدها القرينة تكون هى الناحية القوية الراجحة، وكفى هذا .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية ما نصه: ليس الغرض من الدليل الذى يقدم

(٣) الغيت بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

— مادة ١٤ مشروع قانون الانبات فى المواد المدنية والتجارية «طرق القضاء هى الاقرار والاستجواب والشهادة والكتابة واليمين والقرائن والمعاينة والخبرة».

للقضاء سوى إبانة الحق واطهاره. وقد يوجد في الدعوى من القرائن القاطعة ما يرجح كفة أحد الخصمين ويدل على الحق في الخصومة. وليس من العدالة (أى العدل) ولا من الحق أن تهدر دلائلها ويحجر على القضاء الأخذ بها. وقد جاءت الشريعة الغراء باعتبارها، واعتمد الفقهاء عليها في صدر الاسلام في أقضيتهم عليها. لذلك أضيفت القرينة القاطعة الى الأدلة الشرعية المقبولة، وعرف الدليل للارشاد الى ما هو المقصود منه ليسير القضاة في التطبيق على وفقه أهـ.

قال في ظفر اللاضى الحكم بالقرينة القوية قد حكى الحافظ رحمه الله أنه مجمع عليه أهـ.

وأقول ان تقدم التحقيقات الجنائية الآن مكن المحققين من الوصول الى قرائن تكاد تكون في حيز القطع واليقين كبصمات الأصابع، وقرائن أخرى قد لا تنزل في دلائلها عن ذلك.

وجرى قضاء محكمة النقض على أن ..

- من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن من القرائن مانص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضى من دلائل الحال وشواهد، وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن في مواضع كثيرة، اعتبارا بأن القضاء «فهم»، ومن القرائن القاطعة ما لا يسوغ تعطيل شهادته اذ منها ما هو أقوى من البيئة والاقرار وهما خبران يتطرق اليهما الكذب والصدق، الا أنه لما كانت القرينة القاطعة هي ما يستخلصه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، وهى اشارة ظاهرة تفيد العلم عن طريق الاستنتاج بما لا يقبل شكاً أو احتمالاً، وهى بهذه المثابة تغنى عن المشاهدة (٤).

(٤) الطعن رقم ٨٩ سنة ٥٨ ق أحوال شخصية جلسة ١٥ / ١ / ١٩٩١ مجموعة المكتب الفنى السنة ٤٢ ص ١٩٤، الطعن رقم ٢٨ سنة ٣٣ ق أحوال شخصية جلسة ١٩ / ١ / ١٩٦٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص ١٧٤، الطعن رقم ١٢ سنة ٤٦ ق أحوال شخصية جلسة ١٠ / ٥ / ١٩٧٨ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٩١ قاعدة ١٩٤٩

- أن من القرائن مانص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهد، وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن فى مواضع كثيرة، اعتباراً بأن القضاء «فهم»، ومن القرائن ما لا يسوغ تعطيل شهادته اذ فيها ما هو أقوى من البينة والاقرار وهما خبران يتطرق اليهما الكذب. (٢)

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان للقضاء النهائى قوة الأمر المقضى فيما يكون قد فصل فيه بين الخصوم، ومتى حاز الحكم هذه القوة فانه يمنع الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها من العودة إلى المناقشة فى المسألة التى فصل فيها ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها أو اثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها واذا كان الحكم الصادر فى الدعوى السابقة والمؤيد استئنافياً قضى بعدم سماع الدعوى لمضى المدة وهى دعوى سبق أن اقامها المطعون عليه الأول وآخرون على الطاعنة بطلب ثبوت استحقاقهم حصصاً فى الشق الأصلى من الوقف فانه لا يجوز لهم معاودة طرح هذا النزاع أمام المحاكم مرة أخرى. (٣).

- الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنها ذات حجية مؤقتة ، لأنها مما يقبل التغير والتعديل، وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الاسقاط بسبب تغير دواعيها (٤).

- المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن شهادة الميلاد بمجرد أنها ليست حجة فى إثبات النسب وإن كانت تعد قرينة عليه (٥)

- قاضى الموضوع - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - حر فى أن يستنبط

(٢) الطعن رقم ٤٧ سنة ٥١ ق أحوال شخصية جلسة ١٨ / ٥ / ١٩٨٢

(٣) الطعن رقم ٢٢ سنة ٤٤ ق أحوال شخصية جلسة ١٤ / ٤ / ١٩٧٦ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٧٠٣ قاعدة ١٩٨٩

(٤) الطعن رقم ٤ سنة ٤٠ ق أحوال شخصية جلسة ٢٤ / ٥ / ١٩٧٢ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً ص ٦٩٣ - ٦٩٤ قاعدة ١٩٥٧ - ١٩٥٩

(٥) الطعن رقم ١١ سنة ٤٤ ق أحوال شخصية جلسة ٤ / ٢ / ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ ص ٣٩٨

القرينة التي يعتمد عليها من وقائع الدعوى والاوراق المقدمة له ومن أقوال شهود سمعوا في تحقيق قضائي أو إداري. وإذا كان حكم الاستجواب قد التزم هذا النظر وأقام قضاءه في هذا الخصوص على أنه «وإن كان التحقيق الذي أجرته محكمة أثينا بطريق الانابة تنفيذا للحكم الذي أصدرته محكمة القاهرة الابتدائية قد تم بعد الميعاد المضروب له وبعد أن صدر الحكم المستأنف مما يجعله منقطع الصلة بسير الدعوى في مرحلتها الابتدائية وكان الحكم الابتدائي لم يعتمد على هذا التحقيق لصدوره قبل اجرائه إلا أن المحكمة ليست ممنوعة من أن تستنبط من هذا التحقيق الذي أجرته سلطة قضائية ماثاء من قرائن تعيينها على الفصل في الدعوى مادام الاثبات بالقرائن جائزا، ورأى أن يستجوب الطاعن في الوقائع التي وردت في أقوال هؤلاء الشهود» فانه لا يكون قد خالف القانون. (٦)

- لا تثريب على المحكمة في تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا في قضية أخرى أن هي أخذت بهذه الأقوال كقرينة وكان الاثبات في الدعوى مما يجوز فيه قبول القرائن (٧)

- اذ كانت محكمة الموضوع قد عرضت للمستندات المقدمة من الطاعنين وأحاطت بها ولم تر فيها دليلا كاملا على صحة الدعوى، وكانت هذه المستندات لاتعدو أن تكون مجرد قرينة من القرائن القضائية التي يخضع تقديرها المطلق لسلطان قاضي الموضوع فلا على الحكم إذا هو طرحها لقصور دلالتها عن افادة ثبوت النسب. (٨).

(٦) الطعن رقم ٨٦٥ سنة ٦٨ ق أحوال شخصية جلسة ١٨ / ١١ / ٢٠٠٢،

الطعن رقم ٢١ سنة ٣٥ ق أحوال شخصية جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٦٧

(٧) الطعن رقم ١٨ سنة ٣٩ ق أحوال شخصية جلسة ١٠ / ٥ / ١٩٧٢

(٨) لطنن رقم ١٢ سنة ٤٥ ق أحوال شخصية جلسة ٩ / ٦ / ١٩٧٦

(٦، ٧، ٨) مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ص ٧٠٥ قاعدة ١٩٩١ و ١٩٩٢ وص

٧٠٦ قاعدة ١٩٩٤.

- إذ كان النسب يثبت بالفراش وكان البين من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بثبوت نسب الصغيرة إلى الطاعن على سند من اقراره بالتحقيقات الادارية المقدمة صورتها الرسمية بقبوله الزواج من المطعون عليها عرفيا ودفعة مهرا لها ثم دفعه لها مؤخر صداقها من شهرين سابقين على تقديم الشكوى وهو اقرار صريح يفيد قيام الزوجية بينه وبين المطعون عليها بعقد صحيح شرعا فى التاريخ الذى حددته وإلى عدم ثبوت قيام المانع من الدخول وبثبوت تمام الوضع لاكثر من ستة أشهر من عقد الزواج، وكانت هذه الاسباب تكفى لحمل هذا القضاء فان النعى على الحكم المطعون فيه بصدد ماساقه من قرينة مساندة استخلصها من الاقرار - الصادر من المطعون عليها - يكون غير منتج (٩).

- الحكم المطعون فيه عول فى قضائه بثبوت نسب الصغيرة إلى الطاعن رغم انكار ولادتها - على ماتضمنته تقرير الطبيب المنتدب .. وماأورده طبيب الوحدة الصحية فى تقريره.. وماجاء بالشهادة الإدارية.. وهى مجرد قرائن ان صلحت لاثبات حمل المطعون عليها الا انها لاتقوم بها الحجة الشرعية على ولادتها الصغيرة المدعى نسبها فان الحكم المطعون فيه اذ إكتفى بهذه القرائن لاثبات الولادة المتنازع فيها دون أن تتوافر عليها البيئة الشرعية يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون. (١٠).

(٩) الطعن رقم ٢٨ سنة ٤٤ ق أحوال شخصية جلسة ١٢/٥/١٩٧٦ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة

النقض فى خمسين عاما ص ٧٠٧ قاعدة ٢٠٠٠

(١٠) الطعن رقم ٥٠ سنة ٥١ ق أحوال شخصية جلسة ٢٣/١١/١٩٨٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٣ ص

الفرع الثالث

مقتطفات عن القرائن

ما جاء في كتب فقهاء الشريعة الإسلامية وغيرهم

وسأذكر هنا بعض ما جاء في كتاب الطرق الحكمية للإمام ابن القيم من الأخذ بالقرائن والعمل بالفراسة. قال: الحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهد أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه اعتمادا على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وسائر أحواله فها هنا نوعان من الفقه لابد للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكونية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطى الواقع حكمه من الواجب ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع.

وقال: قال رجل لاياس بن معاوية علمني القضاء قال القضاء لا يعلم انما القضاء فهم ولكن قل علمني العلم، وهذا هو سر المسألة فان الله سبحانه وتعالى يقول «وداود وسليمان اذ يحكما في الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما» فخص سليمان بفهم القضية وعمهما بالعلم.

وكذلك كتب عمر إلى قاضيه ابي موسى في كتابه المشهور (الفهم الفهم فيما أدلى به اليك) والذي اختص به اياس وشريح مع مشاركتهم لأهل عصرهما في العلم هو الفهم في الواقع والاستدلال بالامارات وشواهد الحال، وهذا الذي فات كثيرا من الناس فاضاعوا كثيرا من الحقوق.

وقال وهل القضاء بالنكول الا رجوع إلى مجرد القرينة الظاهرة التي علمنا بها ظاهرا أنه لو لا صدق المدعى لدفع المدعى عليه دعواه باليمين فلما نكل عنها كان

نكوله قرينة ظاهرة دلالة على صدق المدعى فتقدمت على أصل براءة الذمة. وكثير من القرائن والامارات أقوى من النكول والحس شاهد بذلك فكيف يجوز تعطيل شهادتها أهـ.

اقول هذا الكلام انما يرد على قول الصاحبين ومن ذهب مذهبهما فى أن النكول يدل عن الاقرار ولا يرد على قول أبى حنيفة فى أن النكود بذل.

وهاك بعض ما أورده ابن القيم من المسائل التى أخذ فيها بالقرائن وصدقت فيها الفراسة. كما قال: ولاتنس فى هذا الموضع نور نبى الله سليمان صلى الله عليه وسلم للمرأتين اللتين ادعتا الولد فحكم به داود صلى الله عليه وسلم للكبرى، فقال سليمان اثنوني بالسكين أشقه بينهما فسمحت الكبرى وقالت الصغرى لا تفعل رحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى، فأى شئ أحسن من اعتبار هذه القرينة الظاهرة، فاستدل برضا الكبرى وانها قصدت الاسترواح الى التأسى بمساواة الصغرى فى فقد ولدها، وشفقة الصغرى عليه وامتناعها من الرضا بذلك دل على انها امه وان الحامل لها على الامتناع من الدعوى ما قام بقلبها من الرحمة والشفقة التى وضعها الله تعالى فى قلب الام لذلك قدم هذه القرينة على اقرارها فانه حكم به لها مع قولها هو ابنها وهذا هو الحق - فان الاقرار اذا كان لعلة اطلع عليها الحاكم لم يلتفت اليه أبدا - ولذلك ألغينا اقرار المريض مريض الموت بمال لو ارثه لانعقاد سبب التهمة واعتمادا على قرينة الحال فى قصده تخصيصه.

ومن تراجم قضاة السنة والحديث على هذا الحديث ترجمة ابى عبدالرحمن النسائى فى سننه قال: التوسعة للحاكم فى أن يقول للشئ الذى لا يفعله أفعل كذا ليستبين به الحق. ثم ترجم عليه ترجمة اخرى أحسن من هذا فقال: الحكم بخلاف ما يعترف به المحكوم عليه اذا تبين للحاكم ان الحق غير ما اعترف به فهذا يكون الفهم عن الله ورسوله. ثم ترجم عليه ترجمة أخرى فقال: نقض الحاكم ما حكم به غيره ممن هو مثله أو أجل منه. فهذه ثلاث قواعد. ورابعة وهى ما نحن فيه وهى

الحكم بالقرائن. وخامسة وهى أنه لم يجعل الولد لهما كما يقوله ابو حنيفة . فهذه خمس سنن فى الحديث (١).

وقال: ومن ذلك قول الشاهد الذى ذكر الله شهادته ولم ينكرها بل حكاها مقررًا لها فقال « واستبقا الباب وقدت قميصه من دبر وألفيا سيدها لدى الباب قالت ماجزاء من أراد بأهلك سوءا الا أن يسجن أو عذاب أليم. قال هى راودتنى عن نفسى وشهد شاهد من أهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين. وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين، فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم » فتوصل بقدر القميص إلى تمييز الصادق منهما من الكاذب وهذا لوث فى أحد المتنازعين يبين به وجه الحق.

وقال : أن امرأة أتت عمر بن الخطاب رضى الله عنه فشكرت زوجها وقالت هو من خير أهل الدنيا يقوم الليل حتى الصباح ويصوم النهار حتى يمسي، ثم أدركها الحياء. فقال جزاك الله خيرا فقد أحسنت الثناء. فلما ولت قال كعب بن سور يا أمير المؤمنين لقد أبلغت إليك فى الشكوى فقال وما اشتكت قال زوجها قال على بها ثم قال لكعب إقض بينهما قال أقضى وأنت شاهد قال إنك قد فطنت إلى ما لم أظن له، قال أن الله يقول « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » صم ثلاثة أيام وأفطر عندها يوما وقم ثلاث ليال وبث عندها ليلة. فقال عمر هذا أعجب من الأول فبعثه قاضيا لأهل البصرة فكان يقع له فى الحكومة من الفراسة أمور عجيبة.

كذا شريح فى فراسته وفطنته قال الشعبي : شهدت شريحا وقد جاءته امرأة تخاصم رجلا فأرسلت عينها وبكت فقلت يا أبا أمية ما أظن هذه البائسة إلا مظلومة فقال يا شعبى إن أخوة يوسف جاءوا أباهم عشاء ييكون أهـ. وقال : ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والامارات فإذا ظهرت لهم لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً.

(١) انظر البدائع فى دعوى امرأتين ولدا ولا دليل لاحدهما على دعواهما.

وقد صرح الفقهاء كلهم بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود فرقههم وسألهم كيف تحملوا الشهادة وأين تحملوها وذلك واجب عليه متى عدل عنه أثم. وكذلك إذا ارتاب بالدعوى سأل المدعى عن سبب الحق ونظر الحال هل يقتضى صحة ذلك. وكذا إذا ارتاب فى أن القول قوله وجب عليه أن يستكشف الحال ويسأل عن القرائن التى تدله على صورة الحال، وقل حاكم أو وال إعتنى بذلك وصارله فيه ملكة ألا وقد عرف المحقق من المبطل وأوصل الحقوق إلى أهلها.

وقد مدح الله سبحانه وتعالى الفراسة وأهلها فى مواضع من كتابه فقال «إن فى ذلك لآيات للمتوسمين» وهم المتفرسون الآخذون بالسيما وهى العلامة يقال تفرست فيك كيت وكيت وتوسمته. وقال تعالى «ولو نشاء لأريناكم بسيماهم» وقال تعالى «يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم» وفى جامع الترمذى مرفوعا - اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله ثم قرأ أن فى ذلك لآيات للمتوسمين - وقال استودع رجل غيره مالا فجحده فرفعه إلى إياس فسأله فأكره فقال للمدعى أين دفعت إليه فقال فى مكان كذا فى البرية فقال و ما كان هناك قال شجرة قال اذهب إليها فلعلك دفنت المال عندها ونسيت فتذكر إذا رأيت الشجرة فمضى وقال للخصم إجلس حتى يرجع صاحبك. وإياس يقضى وينظر إليه ساعة بعد ساعة قال يا هذا أترى صاحبك بلغ مكانة الشجرة قال لا قال يا عدو الله إنك خائن قال أقلنى قال أقالك الله فأمر من يحتفظ به حتى جاء الرجل فقال له إياس اذهب معه فخذ حقك منه.

قال: وكان القاضى أبوحازم له فى ذلك العجب العجاب وكانوا ينكرون عليه ثم يظهر الحق فيما فعله. قال مكرم بن أحمد : كنت فى مجلس القاضى أبى حازم فتقدم رجل شيخ ومعه غلام حدث فادعى الشيخ عليه ألف دينار دينا فقال ما تقول قال نعم فقال القاضى للشيخ ما تشاء قال حبسه قال لا فقال الشيخ إن رأى القاضى أن يحبسه فهى أرجى لحصول مالى. فتفرس أبوحازم فيها ساعة ثم قال تلازما حتى أنظر فى أمركما فى مجلس آخر فقلت له لما أخرت حبسه فقال ويحك إنى أعرف

فى أكثر الأحوال فى وجوه الخصوم وجه المحقق من المبطل وقد صارت لى بذلك دراية لا تكاد تخطىء وقد وقع لى أن سماحة هذا الإقرار عين كذبه ولعلى يتكشف لى من أمرهما ما أكون معه على بصيرة أما رأيت قلة تعاصيهما فى المذاكرة وقلة إختلافهما مع عظم المال، وما جرت عادة الأحداث بفرط التورع حتى يقر بمثل هذا طوعا عجلا منشرح الصدر على هذا المال. قال فنحن كذلك نتحدث إذ أتى الآذن يستأذن على القاضى لبعض التجار فأذن له. فلما دخل قال أصلح الله القاضى انى بليت بولد لى حدث يفقد كل مال يظفر به من مالى فى القنان عند فلان فإذا منعتة إحتال بحيل تضطرنى إلى التزام الغرم عنه وقد نصب اليوم صاحب القنان يطالب بألف دينار حالا وبلغنى أنه تقدم إلى القاضى ليقر له فيسجنه وأقع مع أمه فيما ينكد عيشنا إلى أن أقضى عنه. فلما سمعت بذلك بادرت إلى القاضى لأشرح له أمره. فتبسم القاضى وقال لى كيف رأيت فقلت هذا من فضل الله على القاضى فقال على بالغلام والشيخ، فأرهب أبو حازم الشيخ ووعظ الغلام فأقر فأخذ الرجل ابنه وانصرفا.

وقال إن شابا شكأ إلى على رضى الله عنه نفراً فقال إن هؤلاء خرجوا مع أبى فى سفر فعادوا ولم يعد أبى فسألتهم عن ماله فقالوا ما ترك شيئا وكان معه مال كثير، وترافعنا إلى شريح فاستحلفهم وخلقى سبيلهم فدعا على بالشرط فوكل بكل رجل رجلين ووصاهم ألا يمكنوا بعضهم أن يدنوا من بعض ولا يمكنوا أحدا أن يكلمهم. ودعا كاتبه ودعا أحدهم فقال أخبرنى عن أبى هذا الفتى أى يوم خرج معكم وفى أى منزل نزلتم وكيف كان سيركم وبأى علة مات وكيف أصيب بماله وسأله عمن غسله ودفنه ومن تولى الصلاة عليه وأين دفن ونحو ذلك، والكاتب يكتب فكبر على فكبر الحاضرون - والمتهمون لا علم لهم إلا أنهم ظنوا أن صاحبهم قد أقر عليهم - ثم دعا آخر بعد أن غيب الأول عن مجلسه فسأله كما سأل صاحبه، ثم الآخر كذلك حتى عرف ما عند الجميع فوجد كل واحد منهم يخبر ما أخبر صاحبه ثم أمر برد الأول فقال يا عدو الله قد عرفت عنادك وكذبك بما سمعت من

أصحابك وما ينجيك من عقوبتك إلا الصدق ثم أمر به إلى السجن وكبر معه الحاضرون فلما أبصر القوم الحال لم يشكوا أن صاحبهم قد أقر عليهم فدعا آخر منهم فهده فقال يا أمير المؤمنين والله لقد كنت كارها لما صنعوه ثم دعا الجميع فأقروا بالقصة واستدعى الذى بالسجن وقيل قد أقر أصحابك ولا ينجيك سوى الصدق فأقر بكل ما أقر به القوم. فأغرمهم المال وأقادهم بالقتل.

وقال: لما استعمل عمر بن الخطاب رضى الله عنه المغيرة بن شعبة على البحرين كرهه أهلها فعزله فخافوا أن يرده عليهم فقال دهقائهم أن فعلتم ما آمركم به لم يرد علينا قالوا مرنا بأمرك قال تجمعون مائة ألف درهم حتى أذهب إلى عمر وأقول أن المغيرة اختان هذا فدفعه إلى فدعا عمر المغيرة فقال ما تقول فى هذا ؟ قال كذب أصلحك الله إنما كانت مائتى ألف فقال ما حملك على ذلك قال العيال والحاجة، فقال عمر للدهقان ما تقول فقال والله لأصدقنك والله ما دفع إلى لا قليلا ولا كثيرا ولكننا كرهناه وخشينا أن ترده إلينا فقال عمر للمغيرة ما حملك على هذا ؟ قال: الخبيث كذب على فأردت أن أخزيه.

وقال أحضر بعض الولاة شخصين متهمين بسرقة فأمر أن يؤتى بكوز من الماء فأخذه بيده فألقاه عمدا فانكسر فارتاع أحدهما وثبت الآخر فلم يتغير فقال للذى انزعج اذهب وقال للآخر احضر العملة (النقود). فقيل له من أين عرفت ذلك؟ فقال : اللص قوى القلب لا ينزعج والبرىء يرى أنه لو نزلت فى البيت فارة لأزعجته ومنعته من السرقة.

وقال الليث بن سعد أتى عمر بن الخطاب بفتى أمرد وجد قتيلا ملقى على وجه الطريق فسأل عمر عن أمره واجتهد فلم يقف له على خبر فشق ذلك عليه فقال اللهم اظفرنى بقاتله. حتى إذا كان على رأس الحول وجد صبي مولود ملقى بموضع القتل فأتى به عمر فقال ظفرت بدم القتل إن شاء الله فدفع الصبي إلى امرأة وقال قومى بشأته وخذى منا نفقته وانظرى من يأخذه منك فإذا وجدت امرأة تقبله وتضمه إلى صدرها فأعلمينى بمكانها. فلما شب الصبي جاءت جارة فقالت للمرأة أن

سيدتى بعثتنى إليك لتبعنى بالصبي لتراه وترده إليك قالت نعم إذهبى إليها وأنا معك فذهبت بالصبي والمرأة معها حتى دخلت على سيدتها فلما رأيته أخذته فقبلته وضمته إليها. فإذا هى ابنة شيخ من الأنصار من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتب عمر وأخبرته. فاشتغل على سيفه ثم أقبل إلى منزل المرأة فوجد أباهما متكئا على باب داره فقال يا فلان ما فعلت ابتك فلانة قال جزاها الله خيرا يا أمير المؤمنين هى من أعرف الناس بحق الله وحق أبيها مع حسن صلاتها وصيامها والقيام بدينها . قال عمر قد أحببت أن أدخل إليها فأزيدها رغبة فى الخير وأحثها عليه. فدخل أبوها ودخل عمر معه فأمر من عندها فخرج وبقي هو والمرأة فى البيت فكشف عمر عن السيف فقال أصدقينى وإلا ضربت عنقك. وكان لا يكذب فقالت على رسلك هو الله لأصدقن ، إن عجوزا كانت تدخل على فاتخذها أما وكانت تقوم من أمرى كما تقوم به الوالدة وكنت لها بمنزلة البنت ثم إنها قالت يا بنية إنه قد عرض لى سفر ولى ابنة فى موضع أتخوف عليها فيه أن تضيع وقد أحببت أن أضمها إليك حتى أرجع من سفرى فعمدت إلى ابن لها شاب أمرد فهيأته كهيئة الجارية وأتت به لا أشك أنه جارية فكان يرى منى ما ترى الجارية من الجارية حتى اغتفلنى يوما وأنا نائمة فما شعرت حتى علانى وخالطنى فمددت يدي إلى شفرة كانت إلى جنبى فقتلته ثم أمرت به فألقى حيث رأيت، وقد اشتملت منه على هذا الصبي فلما وضعته ألقىته فى موضع أبيه، فهذا والله خبرهما على ما أعلمتك. قال صدقت ثم أرضاها ودعا لها وخرج وقال لأبيها نعم الابنة ابتك ثم انصرف.

وقال: خاصم غلام أمه إلى عمر بن الخطاب فجحدته فسأله البينة فلم تكن عنده، وجاءت المرأة بنفر فشهدوا أنها لم تتزوج وأن الغلام كاذب عليها وقد قذفها فأمر عمر بضربه فلقىه على رضى الله عنه فسأل عن أمرهم فلما أخبر به دعاهم ثم قعد فى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم وسأل المرأة فجحدت فقال للغلام اجحدها كما جحدتك فقال يا ابن عم رسول الله إنها أمى قال اجحدها وأنا أبوك والحسن والحسين أخواك قال قد جحدتها وأنكرتها فقال على لأولياء المرأة أمرى فى هذه

المرأة جائز؟ قالوا نعم وفيما أيضا. فقال على أشهد من حضر أنى قد زوجت هذا الغلام من هذه المرأة الغربية منه، يا قنبر ائتنى بطينة فيها دراهم فأتاه فعد أربعمئة وثمانين درهما فقذفها مهر لها وقال لها وقال للغلام خذ بيد امرأتك ولا تأتينا إلا وعليك أثر العرس. فلما ولى قالت المرأة يا أبا الحسن الله الله هو والله ابنى. قال كيف ذلك قالت إن أباه كان زنجيا وإن اخوتى زوجونى منه فحملت بهذا الغلام وخرج الرجل غازيا فقتل وبعثت بهذا إلى حى بنى فلان فنشأ فيهم وأنفت أن يكون ابنى فقال على أنا أبو الحسن والحقة بأمه وثبت نسبه (٢)

(٢) قال موسهيم فى كتابه تاريخ الكنيسة فى الفصل الرابع من القسم الثانى من الكتاب الثالث فى بيان الطرق التى كانت متبعة فى توضيح الحق وبيان المحاكمات التى كانت متبعة الى القرن الثانى عشر من الميلاد أن ذلك كان بواسطة الماء البارد وبالمصارعة والحديد المحمى كالجمر وبالصليب وبطرق أخرى فى هذا القرن «أى القرن التاسع» والذي بعده. ولا انسان رزين العقل فى يومنا هذا يرتاب فى أن هذه الطرق الوهمية أصلها من عوائد البرابرة وانها افكية ومغايرة لجوهر الديانة الحقيقية غير أنه فى ذلك العصر لم يخجل الأبحار والأساقفة الدون من أن يكرموها ويعظموها بالصلوات والعشاء الربانى ويطقوس أخرى ليعطوها رونقا مسيحيا أهد بنصه العربى. وقال فى هامشه ما نصه: أنه كان يؤتى بالشخص الواقع عليه الامتحان الى الكنيسة ويحلف بأقسام عظيمة أنه يقر بالحقيقة فانه لم يقر يتناول ويرش بالماء المقدس ويؤخذ الى نهر أو بحيرة ثم يقسم الكاهن على الماء ويأمره أن لا يقبل الشخص أن كان مذنبا فحينئذ يجرد المعترف من ثيابه ويكتف ويربط بحبل حتى يخرجوه حين يغرق إلى عمق معلوم، وحين يطرح فى الماء فان كان مذنبا وأن غرق الى العمق المقروض المقدر علي الحبل «وكان أحيانا نحو ذراعين» فحالا يسحب من الماء ويحسب بريثا. «وان الاستحضارات الدينية المستعملة فى الماء البارد تستعمل فى الماء الحار أيضا فيحمى الكاهن ماء على النار إلى أن يغلى فينزله ويفطس فيه حجرا يسكه بسلك إلى عمق قبضة أو قبضتين أو ثلاث قبضات وعلى المعترف أن يغطس يده وذراعه مجردة قابضا علي الحجر ويخرجها فحالا يلفون اليد والذراع بالكتان ويسبل علي الجميع كيس ويختمونه فبعد ثلاثة أيام يكشفون علي اليد والذراع فان لم يحترقا يحسب الانسان بريثا، فهذا يكاد يستعمل مثل ذلك غير أنهم كانوا يحسبونه أليق بذوى الحسب والنسب». وان الامتحان بالمصارعة أصله من البرابرة الشماليين وكان رائجا قبل التاريخ المسيحي فأتى به اللمبارديون الى ايطاليا والجرمانيون الى سوابيا وبطل استعمالها شيئا فشيئا غير انها لم تبطل شسرعا فى فرنسنا وانجلترا ولهذا ترى فى الجيل التاسع والعاشر

= أن الحق بطلب المصارعة كان مدعى به في ديوان المجترات. وأما الامتحان بالحديد المحمى فقد كان يحسب أشرف من استعمال الامتحان بالماء وأحياناً يمشى الانسان حافياً على تسع سلك أو اثنتى عشرة سكة محمية كالجمر دائساً على كل منها وأغلب الأحيان كأن يحمل حديدة بيده المجردة أطول من رجله بعشر مرات والطقوس الدينية التى كانت تستعمل فى هذا الامتحان كانت تماثل كثيراً الطقوس المستعملة بالامتحان بالماء الحار. وأما الامتحان بالصليب فقليل انهم كانوا يستوقفون الشخص زمناً طويلاً وهو ماد ذراعيه كالصليب فان كل واغسمى عليه ووقع يحسب مذنباً. ولهم طرق أخرى فى الامتحان بالصليب أهد بنصه (أنظر ص ٣٣٥ وما بعدها من التاريخ المذكور). فانظر أرشدك الله ووفقنا وإياك لهدايته الى الطرق التى كان يستعملها أمراء المسلمين وقضااتهم فى استخراج الحق والوصول اليه فى القرن الاول من الهجرة (الموافق للقرن السابع من الميلاد) وما بعده وقارنه بما كان متبعاً فى الكنيسة الرومانية الى القرن الثانى عشر من الميلاد بل الثالث عشر منه الذى كان يوافق القرنين السادس وبعض السابع من الهجرة وأحمد الله تعالى على نعمته، وكان نور العلم الصحيح قد أشرق على القارة الأوربية من بلاد الأندلس الاسلامية فى تلك الآونة وقبلها بزمان بعيد ذكر ذلك موسهيم فى تاريخه المذكور فى عدة مواضع منه بكل انصاف. كذلك أشرق ذلك النور على أوروبا من بلاد الشرق الاسلامية بعد الحروب الصليبية على ما هو مفصل أتم تفصيل فى كتب التاريخ التى قضى الانصاف على أصحابها أن تذكر الأمور على حقيقتها.

ثم أقول لا شك أن تلك الأعمال التى جمعت بين السخافة والوحشية التى تقلناها هنا عن موسهيم هى من آثار الوثنية التى بقيت فى أوروبا بعد دخول المسيحية فيها.

الفرع الرابع

خاتمة

خلاصة الموضوع

أقول ومع ما للفراسة من هذه المزايا التي لا تنكر يجب الاحتياط والاحتراس الشديدان في الأخذ بها.

وما أحسن ما قاله العلامة ابن عابدين رحمه الله في رسالته بناء الأحكام على العرف: ان الحكم بالقرائن محتاج الى نظر سديد وتوفيق وتأيد أ.هـ.

وكذا ما قاله في معين الحكم قال: وينبغي أن يكون القاضي غير زائد في الدهاء وذلك أمر زائد على الفطنة وانما نهى عن ذلك لأنه يحمل على الحكم بالفراسة وتعطيل الطرق الشرعية من البينة والايان، وقد فسد الزمان وأهله واستحال الحال.

والحق أن هذه المسألة كلما ازداد النظر فيها امعانا ازدادت دقة وصعوبة والحزم فيها ألا يسترسل في الاعتماد على الفراسة فان في ذلك ضربا من المجازفة والمخاطرة ولئن أمن على نفسه أمثال على وشريح وإياس ممن كانوا ينظرون الى الوقائع بنور الله وتوفيقه - ان أكثر القضاة والحكام غير مأمون عليه من الزلل في ذلك.

والحل الوحيد عندي هو أن يتحرى جد التحرى في اختيار القضاة ممن يتوافر فيهم الفهم الكامل والعلم الناضج والاستقلال في الرأي والاستقامة التامة وممارسة أحوال الناس ومعرفة البيئة التي هم عائشون فيها معرفة صحيحة مهما كلف ذلك خزانة الدولة من النفقات ومشقة البحث والتنقيب مع بقاء المراقبة القضائية وفتح باب الشكوى لكل شاك. وهذا أقصى ما يمكن عمله في الاصلاح القضائي في هذا العالم المحفوف بالتقائص.

يرى صاحب كتاب السر في خطأ القضاة (١) بناء على استقراءاته العديدة

(١) أنظر كتاب السر في خطأ القضاء الاستاذ جليمره المحامى أمام محكمة استئناف باريس وقد ترجم كتابه هذا الى اللغة العربية وطبع في مصر سنة ١٩١٤.

وملاحظاته الدقيقة المتكررة التى بين الكثير منها فى كتابه أنه يجب على القضاة والمحققين أن يكونوا على معرفة تامة بعلم الأحوال النفسية من حيث ارتباطه بالقضاء ولقد شخص الداء فأجاد ووصف الدواء فأفاد.

ولاشك أن ما رآه هو الصواب لأن القاضى والمحقق ينكشف لهما بدراسة هذا العلم من بواطن المتقاضين والشهود ما كان محجوباً عنهما بحجب الظواهر من خلاصة وخداع. وتلقى ورياء، ونفاق وتلبس ونحو ذلك فيطلع بثاقب فكره على خبايا النفوس ومستودعات الضمائر ويتغلغل بصائب نظره الى مستقر السرائر ويقال له « فكشفنا عنك غطاءك فبصرك اليوم حديد » وبذلك يكون حكمه على ما يشتهي الامام ابن القيم وغيره من ائمة المسلمين منطبقاً على الواقع أو قريباً منه بقدر ما تسمح له به الطاقة البشرية. ومجرد العلم لا يكفي بل لابد أن يكون معه قوة فى الارادة وصدق فى العزيمة واستقلال فى الرأى حتى يكون لعقله السلطان التام على عواطفه وميوله النفسية فلا يتأثر بضراعة امرأة كاذبة ولا يستهويه جمال حسناء أجادت فنون إجتذاب القلوب ولا يروعه خلاصة مدره منطبق يسحر ببيانه العقول ولا يورطه نفاق منافق ولا يعطفه اليه ملحق متملق ولا تغلبه حيلة محتال بل يكون فى كل ذلك عليماً خبيراً ذا استبداد فى الرأى فى طلب الحق وضبط العواطف. والوصول الى هذه المرتبة يحتاج الى رياضة وعلاج ياله من علاج، فكم قاضياً أمكنه أن يتغلب على مجارى العادات من النفوس فيفلت من تحكمها فيه؟ ولا سيما بعد أن هيات لها قراراً مكيماً اكتسبته بمضى المدة والتكرار فينظر الى الحوادث نظراً مجرداً بنور العقل وتوفيق الله وقد سدت مسالك العواطف الكاذبة والمؤثرات الخادعة فلم تجد منفذاً الى مصدر الحكم منه الا ما لم يقو على رده التكوين الانسانى. اللهم الا من عصمه الله وحده بتوفيقه وتداركه بلطفه وعنايته وقليل ما هم. ألا أن عبء القضاء أثقل عبء اذا شاء القاضى أن يتحرى الصواب ويحكم بالحق وبالعدل ويتجرد من تحكم الأهواء والأغراض. ولأمر ما أبى الدخول فى خطة القضاء أبو حنيفة وطائفة من صالحى المؤمنين رحمة الله

عليهم أجمعين (٢).

هذا - ومن قضايا على رضى الله عنه أنه أتى برجل وجد فى خربة بيده سكين متطخ بدم وبين يديه قتيل يتشحط فى دمه فسأله فقال أنا قتلته قال اذهبوا به فاقتلوه. فلما ذهبوا أقبل رجل مسرعاً فقال يا قوم لا تعجلوا ردوه الى على فردوه فقال الرجل يا أمير المؤمنين ما هذا صاحبه أنا قتلته. فقال على للأول ما حملك على أن قلت أنا قاتله ولم تقتله قال يا أمير المؤمنين وما أستطيع أن أصنع وقد وقف العسس على الرجل وهو يتشحط فى دمه وأنا واقف وفى يدى سكين وفيها أثر الدم وقد أخذت فى خربة فخفت الا بقبل منى وأن يكون قسامة فاعترفت بما لم أصنع واحتسبت نفسى عند الله. فقال على بثسما صنعت فكيف كان حديثك؟ قال انى رجل قصاب خرجت الى حانوتى فى الغلس فذبحت بقرة وسلختها فبينما أنا أسلخها أخذنى البول فأتيت خربة كانت بقربى فدخلتها فقضيت حاجتى وعدت أريد حانوتى فاذا بهذا الرجل يتشحط فى دمه فراعنى أمره فوقفت أنظر اليه والسكين فى يدى فلم أشعر الا بأصحابك قد وقفوا على فأخذونى فقال الناس هذا قتل هذا ماله قاتل سواء. فأيقنت أنك لاترك قولهم لقولى فاعترفت بما لم أجنه. فقال على للمقر الثانى فأنت كيف كانت قصتك؟ فقال اعرابى أفلس فقتلت الرجل طمعا فى ماله ثم سمعت حس العسس فخرجت من الخربة واستقبلت هذا القصاب على الحال الذى وصف فاستترت ببعض الخربة حتى أتى العسس فأخذوه وأتوك به. فلما أمرت بقتله علمت أنى أبوء بدمه أيضاً فاعترفت بالحق. فقال على للحسن رضى الله عنه ما الحكم فى هذا. فقال: يا أمير المؤمنين ان كان قد قتل نفسا فقد أحيا نفسا وقد قال الله تعالى «ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً» فخلى على سبيله وأخرج دية القتل من بيت المال أ.هـ .

(٢) وانى أعرف من عنى بذلك أعظم العناية صديقنا الفاضل الأستاذ محمد فتحى بك المستشار بمحكمة الاستئناف فله فى هذا باع طويل مع استقامة صحيحة وإرادة قوية وأدب جم. وعنايته الشديدة بدراسة علم النفس وتطبيق العلم على العمل معروفة لكل من يعرفه (الطبعة الاولى).

قال ابن القيم وهذا ان وقع صلحا برضا الأولياء فلا اشكال، وان كان بغير رضاهم فالمعروف من أقوال الفقهاء أن القصاص لا يسقط بذلك لأن الجانى قد اعترف بما يوجبه ولم يوجد ما يسقطه فيتعين استيفاؤه. وبعد فلحكم أمير المؤمنين وجه قوى أهـ.

وأقول ان قيل ان هذه القصة وأمثالها مما يزلزل جانب الأخذ بالقرائن التى سموها قاطعة فيضعف الاحتجاج بها ويفت فى عضدها مع وجود مثل هذا الاحتمال الذى تبين أنه الواقع على شدة بعده.
ان قيل هذا أجبت عنه.

(اولا) بأنها كما تضعف الأخذ بالقرينة القاطعة تضعف الأخذ بالاقرار أيضا مع أنه أقوى الحجج الشرعية فاذا جاز ترك الاحتجاج بالقرينة لوجود مثل هذا الاحتمال الذى ان تحقق وجوده مرة فهو فى حيز التوهم الف مرة، فانه يجوز ترك الاحتجاج بالاقرار أيضا لاشتراك كل فى توهم الاحتمال ولم يقل بذلك أحد.

(ثانيا) ان القرينة لا يؤخذ بها الا مع الاحتياط القوى واليقظة الشديدة حتى تطمئن نفس الحاكم اليها ويثلج صدره بما يحكم به، كما أن شهادة الشاهدين على القتل (مثلا) لا يؤخذ بها الا بعد شدة التحرى واستيفاء الشهادة شروطها فكما أن احتمال كذب الشاهدين قائم بعد عمل أقصى ما يمكن من التحرى ومع ذلك فلا يمتنع الأخذ بشهادتهما فى الدماء والأموال مهما بلغ عظمها فكذلك الاحتمال البعيد جداً بل الموهوم الذى يوجد مع القرينة القاطعة يجب ألا يمنع العمل بها.

ولئن أودت القرائن القاطعة بحياة وأموال أناس وهم مظلومون لقد أودت شهادة الشهود العدول المزكين بحياة وأموال الكثيرين من الناس وهم مظلومون كذلك.

وما دام الوصول الى الدليل القاطع الذى ينتفى معه كل احتمال لامطمع فيه اذ هو فى حيز المستحيل غالباً وجب الأخذ بحكم الضرورة بالأدلة والحجج الظنية مع الاستقصاء فى الثبوت وتقديم الأقوى منها على غيره عند التعارض وملاحظة الأمور المرجحة.

وبالجملة فاذا فات في هذا المقام علم اليقين فان في علم الطمأنينة أو ما يقرب منه ويدانيه من الظن الراجح للكفاية وما لا يدرك كله لا يترك كله. ولا يكلف الله نفساً الا وسعها (٣).

(٣) ولقد أخبرنا أستاذنا الامام الشيخ محمد عبده رحمه الله أنه لما كان قاضياً بمحكمة الاستئناف قد عرض له كثيراً أنه بعد دراسته القضية الجنائية دراسة تامة وتكوين رأيها يطرأ عليه قبل النطق بالحكم ما يحمله على عدوله عما رآه فيحكم بغيره بناء على ما بدا له أخيراً. وقال ان ذلك حصل له أكثر من مرة كما سمعت منه بنفسه. وقد أخبرنا بمسائل كثيرة من هذا القبيل ونحوه. والهداية والتوفيق من الله وحده. « الطبعة الأولى »

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الثامن

القيافة

تعريف القيافة

تتبع الآثار

ثبوت النسب

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

مقدمة

تعريف القيافة

هى اسم لاقتفاء الأثر أى تتبعه.
ومتبع الآثار يقال له قائف وجمعه قافة.
وكذا الذى ينظر بفراسته فى وجوه الشبه بين شخصين ليعرف أيتهما نسبة فى
البنوة والأخوة أم لا.
تقول قاف أثره يقوفه قوفا تبعه.
وفلان أقوف الناس أى أشدهم اهتداء إلى معرفة أصحاب الآثار وإلى الجهة
التي اتجهوا إليها.
ومثل قاف يقوف اقتفى يقتفى، واقتاف يقتاف (١).
وقد رأيت أن أقسم الكلام فى القيافة إلى فرعين:
(الأول) فيما يتعلق بتتبع الآثار ودلالاتها
(والثانى) فيما يتعلق بثبوت النسب.
والحكم فى كلا القسمين من قبيل الحكم بالقرائن ولذا رأيت أن أسوق الكلام
فى القيافة بعد الكلام على القرينة إيرادا للخاص بعد العام لخصائص انفرد بها.

(١) أنظر لسان العرب وتاج العروس.

الفرع الأول

ما يتعلق بتتبع الآثار

إذا كانت التربة حرة (٢) انطبعت فيها أقدام المارة من الناس واخفاف الابل وحوافر الدواب وتشكل الأثر بشكل القدم. وقد يستدل بهذا على المار من الناس، والضال من الحيوان بتتبع آثارها وقوائمها وذلك بقوة الباصرة وقوة الخيال والحافظة حتى يحكى أن بعضهم يفرق بين أثر قدم الشاب والشيخ وقدام الرجل والمرأة والبكر والثيب، وهذا العلم يحصل لمن قام به بالحدس والتخمين لا بالاستدلال واليقين ولا يحصل بالمدارسة والتعليم فلذا لم يصنف فيه مصنف حادث أو قديم. وقد اشتهر بذلك قديما بنو مدلج وبنو لهب من العرب والآن بنو مرة من قبائل عرب نجد. وعندنا في بعض الجهات بمصر من يقوم بهذا وكذا في السودان.

وقد أخبرني صديق لى كان ضابطا ومأمورا بالسودان عن حوادث مدهشة من هذا القبيل. (أنظر كتاب بلوغ الارب في أحوال العرب للسيد محمد أفندي شكرى الألوسى رحمه الله تعالى، وقد إقتبست هنا جملة منه) وقد قال رحمه الله انه سمع أن اعرابيا اتبع أثر حمار له سرقة اللصوص حتى دخل الحلة (٣) وهو ينشده حتى أوقفه أثره عليه من بين آثار حمير لا تحصى. وقال أن فى هذا حكايات لولا تواترها لحكم عليها بما يقرب من الاستحالة (٤).

وأقول - والآن قد دخل موضوع مقارنة الآثار بعضها ببعض فى مباحث علم التحقيق الجنائي العملى وأصبح موضوع دراسة دقيقة جدا وواسعة النطاق. ومن أحسن ما رأيته فى هذا من كتبنا العربية كتاب التحقيق الجنائي العلمى والعملى للأستاذ محمد شعير بك. وقد تناول فيه باستيفاء تام بحث آثار الأقدام من صفحة

(٢) التربة الحرة هى التى لا يخالط ترابها رمل، والرمل الحرة هى التى لا يخالط رملها طين.

(٣) الحلة (بكسر الحاء) مدينة بالعراق مشهورة منها صفى الدين الخلى الشاعر المشهور.

(٤) الطبعة الأولى

١٩٠ الى ٢٣٠ وبحث بصمات الأصابع (٥) والأيدى من صفحة ٢٣١ الى صفحة ٢٨٦ وكذا من ٢٨٦ وما بعدها (طبعة ثانية) والبحث فى كل ذلك ممتع ومفيد.

وما يدخل تحت هذا القسم ارشادات الكلاب البوليسية الى المجرمين اعتمادا على قوة حاسة الشم وتمييز الروائح بعضها من بعض وقد كان الاعتماد على الكلاب البوليسية كبيراً جداً فى المحاكم منذ سنين ثم تراجع الأمر فضعفت الثقة بها ضعفا عظيما فى نظر بعض الحكام وشيئا قليلا فى نظر بعض. على أن الأمر فى كل حادثة جزئية يجب الرجوع فيه الى تقرير القاضى فيقضى بما تطمئن اليه نفسه ويرتاح اليه ضميره بعد بذل ما فى وسعه فى تقدير الأدلة. وفى عدد الأهرام الصادر فى ٩ أكتوبر سنة ١٩٣٩ كلام مفيد فى هذا الموضوع فليراجع هو وكذا العدد الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٤٠ فان له اتصالا به

وجرى قضاء محكمة النقض على أن

- لمحكمة الموضوع الحرية فى تقدير استعراف الكلب البوليسى والاستدلال به على ارتكاب المتهمين للجريمة، فاذا كان تعويلها على هذا الاستعراف لا يتعارض مع الأفعال المسندة الى كل من المتهمين والتي أدانتهم على أساسها فلا تجوز مجادلتهما فى ذلك. (٦).

(٥) يقول شعير بك آخذا وناقلا عن الاحصاءات الدقيقة ذات الاستقراء الذى يكاد يكون تاما انه لا يوجد تشابه تام من كل الوجوه بين بصمتى اصبعين واذا تكون مقارنة بصمات الأصابع أقوى من مقارنة الخطوط الانتفاء كل احتمال فى الأولى. وعلى هذا فقد أصبح من الواجب الغاء الأختام الغاء كليا والاستعاضة عنها ببصمات الأصابع تحت كتابة اسم صاحب البصمة ان كان ممن لا يعرفون الكتابة وبهذا يقفل باب شر عظيم من أبواب التزوير.

(٦) الطعن رقم ٨٣٦ سنة ٢٣ ق جنائى جلسة ٢٣/٦/١٩٥٣.

مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسة وعشرين عاما الجزء الأول ص ٨٣ - ٨٤ قاعدة ٥٣١ - ٥٣٤ والجزء الرابع ص ٧٥ قاعدة ٢٩٤.

الطعن، رقم ٥٣ سنة ٥٠ ق جنائى جلسة ٣/١١/١٩٨٠، مجموعة المكتب الفنى سنة ٣١ ص ٩٥٠ قاعدة ١٨٤

الفرع الثانى

مايتعلق بثبوت النسب

تمهيد فى معنى الفراش الوارد فى حديث (الولد للفراش) نقل فى شرح الموطأ عن النووى أن معنى كون الولد للفراش أنه اذا كان للرجل زوجة أو مملوكة يتسرى بها صارت فراشا له فان أتت بولد لمدة الامكان (أى ستة أشهر فأكثر) لحقه وصار ولدا له يجرى بينهما التوارث وغيره من أحكام الولادة سواء أكان موافقا له فى الشبه أم مخالفاً.

وقال أكثر الفقهاء أن الفراش اسم للمرأة لأن الرجل يفترشها ويوضحه رواية البخارى (الولد لصاحب الفراش) أى للزوج أو السيد وقيل الفراش اسم للزوج وهو مروى عن أبى حنيفة، قالوا ويؤيده قول جرير.

باتت تعانقه وبات فراشها. وتأويل قول جرير هذا سهل كما لا يخفى وقال الكرخى الفراش هو العقد.

ومن المعلوم أن الفراش عند الحنيفة لا يكون الا فى الزواج لا فى التسرى على ما هو مبين فى محله.

وفى هذا الموضوع خلاف بين جمهور الفقهاء والحنيفة لا داعى الى ايراده هنا والصواب مع الجمهور.

وقد أورد ابن القيم وكذا الشوكانى فى تحقيق وجود الفراش ثلاثة مذاهب.

(الأول) مذهب أبى حنيفة وأصحابه وهو أن الفراش فى النكاح الصحيح يتبدى بالعقد، وأما فى النكاح الفاسد فلا فراش قبل الوطء وعلى هذا فاذا ولدت الزوجة بعد العقد الصحيح بستة أشهر فأكثر ثبت نسب من ولده من زوجها ولا يتنفى عنه الا باللعان سواء أثبت اتصاله بها أم لم يثبت على ما هو مبين فى كتب الحنفية. وهذا المذهب يرمى الى غرضين شريفين (أولهما) الستر على الأعراض

(وثانيهما) صيانة الأولاد وعدم ضياعهم. وقد بسطت القول في هذا في مقدمة ثبوت النسب من كتابي الأحوال الشخصية (١) بما لا مزيد عليه. لكن فيه ثبوت النسب في حالات تنفيذها العادة المستمرة في هذه الحياة الدنيا وقد شنع على الحنفية خصومهم في ذلك تشنيعا كبيرا.

(والثاني) مذهب جمهور الفقهاء وهو أن الفراش لا يثبت الا بعد امكان الوطء عادة ويقوم الدليل على هذا الامكان العادى ولو قرينة فى كل من النكاح الصحيح والفساد. وقد أخذ المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بذلك فى المادة (١٥) منه وهاك نصها «لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها. ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة».

ومقدار السنة بنص المادة (٢٣) من هذا المرسوم بقانون هو ٣٦٥ يوم وانظر المذكرة الايضاحية للمادة (١٥) غير أنى أقول ان ثبوت عدم التلاقى بين الزوجين يكون ضمن ثبوت وجود الزوج فى مكان لا يمكنه منه عادة المجيء الى المكان الذى فيه الزوجة. وقد نصت المادة على أن الزوجة لو أتت بولد بعد سنة من غيبة الزوج عنها لا تسمع منها ولا من غيرها دعوى ثبوت نسب الولد الذى تأتى به لكن يلاحظ على هذا أن الفراش قائم شرعا بالاتفاق فكيف هذا؟

غير أن الظاهر أن واضع المادة لاحظ أن ابتعاد الزوج عن زوجته قرينة قاطعة على مجيء الولد من غيره واذا تكون أقوى من الفراش، ويقيد الفراش بإمكان الاتصال عادة وكذا يقال فيما لو ولدت بعد وفاة الزوج أو الطلاق بائنا أو رجعي لأكثر من سنة. وهذا كله للضرب على أيدي النساء الفاسدات وقطع دابر التزوير من هذه الناحية.

(١) أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون - طبعة نادى القضاة ١٩٩٤ ص ٤٨٥ وما

بعدها ، طبعة ٢٠٠٣

وقد كنت كتبت في مقدمة ثبوت النسب التي ذكرتها آنفا أنه يكتفى بثلاثمائة وعشرة أيام بعد بحث دقيق بحشته مع كثير من أفاضل الأطباء لكن الطبيب الشرعى لما استفتته وزارة الحقانية وقتئذ رأى لأجل التسهيل أن تجعل المدة سنة.

وهذا اموافق لما ذهب اليه محمد بن عبدالحكم (راجع كتابنا بحث الموارث المقارن).

(الثالث) مذهب شيخ الاسلام ابن تيمية وهو أنه لا يتحقق الفراش الا بالدخول المحقق. فقبله لا فراش وقال أن الامام أحمد أشار اليه في رواية حرب عنه فانه نص في روايته فيمن طلق قبل البناء وأتت امرأته بولد فأنكر، أنه ينتفى عنه بغير لعان. قال ابن القيم وهذا هو الصحيح المجزوم به، والا فكيف تصير المرأة فراشا قبل البناء بها وكيف تأتي الشريعة بالحاق نسب من لم يبن بامرأته ولا دخل بها ولا اجتمع بها بمجرد امكان ذلك؟ وهذا الامكان قد يقطع بانتفائه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق.

وأجاب الشوكاني عن هذا بأن معرفة الوطء المحقق متعسرة فاعتبارها يؤدي الى بطلان كثير من الأنساب والأنساب يحتاط فيها، واعتبار مجرد الامكان (أى الامكان عادة) يناسب ذلك.. أهـ.

وقد اتفقت كلماتهم جميعا على أن من يولد لأقل من ستة أشهر من مبدأ ثبوت الفراش (كل على ما فسرته) لا يثبت نسبه أما اذا أتى الولد لستة أشهر (وهى أقل مدة الحمل) فأكثر فالنسب ثابت مالم تنقطع الزوجية وتمضى مدة بعد انقطاعها لا يتصور فيها الحمل من الزوج شرعا (على حسب المدة التي رآها كل منهم ذلك) وقد علمت نص المادة (١٥) السالفة.

وحديث (الولد للفراش) تمامه (وللعاهر الحجر) والعاهر هو الزانى، والمراد أن له

الخيبة (٢) فلا يثبت نسب الولد منه وان شابهه تمام المتشابهة بل الولد لصاحب الفراش، وهذا بالاجماع.

وهذا الحديث رواه نيف وعشرون من الصحابة وهو مذكور فى الكتب الستة البخارى ومسلم وموطأ مالك وغيرها وقد روى منفردا وروى ضمن حديث سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة.
إذا تقرر هذا أقول:

ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن النسب لا يثبت الا بواحد من ثلاثة، الفراش، والاقرار بالنسب أى دعوة النسب، أو الاستلحاق، والبنية (٣). على ان البينة اما على أن الولد ولد على فراشة أو على اقراره به أو استحقاقه له، ومن ذلك شهادة القابلة بالولادة اذا انكرها الزوج، أو بالولد اذا أقر بالولادة وأنكر أن الذى ولدته زوجته هو هذا الولد وزاد الجمهور على ما تقدم ثبوت النسب بقول القائف اذا لم يعارضه فراش، اذ الفراش اقوى ما يثبت به النسب شرعا.

ومذهب مالك رضى الله عنه أن مجرد اقرار الرجل بالنسب لا يكفى بل لابد أن يؤيده دليل خارجي ولو قرينة فلو أقر رجل من أهل مصر بولد من أهل الهند ولم يعلم أن ذلك الرجل سافر إلى الهند ولا جاءت اليه امرأة من الهند فتزوجها ثم عادت إلى بلدها فلا يثبت النسب باقراره لوجود ما يكذبه ظاهرا.

وكذا لو ادعى رجل نسب ولد وكان المعلوم أن ذلك الرجل لم يتزوج ولم يتسر فلا يثبت النسب بإقراره. ولاشك أن هذا احتياط حسن، خلافا للحنفية (راجع الاقرار بالنسب فى هذا الكتاب).

واحتج الجمهور على أن النسب يثبت بشهادة القائف بما يأتى:
روى أصحاب الكتب الستة عن عائشة رضى الله عنها قالت دخل على رسول

(٢) تقول العرب لفلان الحجر، وبقية التراب له الخيبة.

(٣) وقد تقدم فى باب الشهادة بالتسامع أن النسب تسمع فيه الشهادة المبنية على التسامع.

الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال يا عائشة ألم تر أن مجزرا المدلجى دخل على فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما وبدأت أقدامهما، فقال ان هذه الأقدام بعضها من بعض أهـ.

وكان لون أسامة أسود ولون زيد أبيض وكان المنافقون من أجل هذا يطعنون في نسب أسامة بن زيد قال القائل مقالته هذه سر النبي صلى الله عليه وسلم. فقال الجمهور ان سروره يدل على اعتباره قول القائل في ثبوت النسب فيكون دليلا آخر فوق دليل الفراش. وقالت الحنفية لادليل في هذا على ثبوت النسب لأنه ثابت بالفراش من قبل، وانما كان سروره صلى الله عليه وسلم يقول القائل لأنه قطع السنة الطاعنين في نسب أسامة من زيد وكفهم عن الكلام فيه. ولا شك أن المقام يحتمل هذا التأويل.

فقد اتفقت كلمة الفقهاء جميعا على أن الشبه اذا كان متفيا بين الولد وصاحب الفراش، وثابتا ثبوتا بينا بين الولد ورجل آخر وقد شهد بذلك الف قائل وقائل فان الولد يكون لصاحب الفراش وكذلك اذا جرى اللعان بين الزوجين مستوفيا شروطه الشرعية فان نسب الولد ينتفى عن الزوج الملاعن ولو شهد القافة بأنه منه. فاذا لا تظهر ثمرة لشهادة القائل لا نفيا ولا اثباتا عند قيام الفراش، أو حصول اللعان وانما تظهر الثمرة على قول الجمهور عند عدم الفراش. وهاك جملة القول في ذلك.

(أ) اذا أقر أحد الورثة بأخ لهم وأنكره الباقيون فان كان هناك شبه يستند اليه القائل ثبت نسبه ولا يعتبر انكار الباقيين. أما اذا لم يوجد الشبه فلا يثبت النسب بمجرد اقرار واحد من الورثة فقط وعند أبى حنيفة وأصحابه لا تأثير لقول القائل في ثبوت النسب لاعتماد القائل على مجرد الشبه والظن والتخمين.

(ب) اذا ادعى رجلان غلاما يولد مثله لمثل كل منهما، وكان الغلام مجهول النسب، ولا مرجح لدعوى أحدهما على دعوى الآخر فان شهد القائل بأنه

لأحدهما عمل بقول القائف عند الجمهور، وإن شهد القائف بأن الولد يشبه كل واحد منهما وكان ولدا لهما جميعا فيرث كل واحد منهما على أنه ابنه ويرثه كل واحد منهما على أنه أبوه فيقسم ماله بينهما على السواء.

وقد نقل عن عمر وعلى رضى الله عنهما ما يؤيد هذا وحكم به عمر في المدينة بحضرة المهاجرين والأنصار فلم ينكره منهم منكر.

لكن الشافعى ومن تبعه خالفوا الجمهور فى هذا فقالوا لا يكون الولد الا من أب واحد فقط، فمتى ألحقته القافة بأبوين سقط قولهما.

وأما أبو حنيفة وأصحابه فالمنقول عنهم فى كتب المذهب كالبدائع والهداية وشروحا والمبسوط والدر المختار أن أبا حنيفة يثبت النسب من أكثر من أب واحد إلى خمسة آباء اذا ادعوا كلهم الولد ولم يكن لواحد مرجح على غيره، وأن أبا يوسف لا يثبت نسب الولد لأكثر من أبوين، ومحمد يثبت النسب إلى ثلاثة. مع العلم بأنهم جميعا يرفضون قول القافة ولا يلتفتون اليه. وقد حكى ابن القيم عن بعض الفقهاء أنه يثبت النسب لأكثر من ذلك.

وظاهر عبارة القهستانى فى شرحه على الوقاية يتبادر منها هذا لكنه خلاف المنقول عن أصحاب المذهب.

ثم قالت الحنفية أيضا اذا ادعت امرأتان ولدا وأقامت كل واحدة البيينة على أنه ابنها فهو ابنهما جميعا عند أبى حنيفة، مع أن العلم الضرورى حاصل بأن الولد يستحيل أن يولد من أم واحدة لكن ملحظ الأمام رضى الله عنه فى هذا هو حفظ الولد وعدم ضياعه وهو ملحظ نبيل.

وأما أبو يوسف فمذهبه أنه ليس لواحدة منهما للسبب المذكور انفا. وقد اختلفت الرواية عن محمد. فعلى رواية أبى حفص يجعل ابنهما وعلى رواية أبى سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما.

وقد اختلف القائلون بالقافة هل يكتفى بقول قائف واحد أو لابد من اثنين،

كالشهادة؟ والذي اختاره ابن القيم أنه يكتفى بقائف واحد لأن كلامه خبر لا شهادة، وهذا أيضا قول ابن القاسم.

والمشهور من مذهب مالك أن القيافة لا تكون الا فى أولاد الاماء وقيل يقبل قول القائف فى أولاد الحرائر أيضا قاله ابن وهب واختاره اللخمي وقال ابن يونس وهو أقيس.

(ج) اذا تزوجت امرأة رجلا ودخل بها ثم طلقها فأقرت بعد مضي ستين يوما من طلاقها بانقضاء عدتها ثم تزوجت رجلا آخر فولدت بعد زواجها من الثانى ولدا لسته أشهر ونصف (مثلا) احتمل أن يكون الولد من الثانى، واحتمل أن يكون من الأول لأنه لم يمض على طلاقها من الأول إلا أقل من تسعة أشهر وهى مدة الحمل فى الغالب فلاى الرجلين يقضى بالولد؟ مذهب المالكية أن نسبه يثبت من الأول لأن الغالب على المرأة اذا حملت تضع لتسعة أشهر.

وأقول ما أحسن ما قال الكمال بن الهمام (الحنفى) ان العادة المستمرة هى كون الحمل أكثر من ستة أشهر، وربما تمضى دهور ولم نسمع فيها بولادة لسته أشهر أهـ. وأما على قول أبى حنيفة وأصحابه فالولد فى مسألتنا هذه للثانى وذلك لمضى المدة الكافية للحمل والوضع.

وأقول ينبغى أن يرجع فى مثل هذا إلى شهادة الأطباء وكذا إلى قول القافة ان امكن.

وأما ان كانت الولادة بعد الزواج الثانى لأقل من ستة أشهر فالولد للأول بالاجماع ويفسخ العقد الثانى.

وان كانت لأكثر من تسعة أشهر فهو للثانى ولا عبرة بالنادر.

(د) ذهب شيخ الاسلام ابن تيمية وصاحبه ابن القيم رحمهما الله إلى ان الزانى لو استلحق ولد المرأة التى زنى بها ولم تكن المرأة ذات فراش أنه يلحقه ويثبت نسبه منه، مادام لم يكن هناك فراش يعارضه - ولا تنس ما قدمناه فى تفسير الفراش، والخلاف فيه - وحكى كل منهما ذلك عن اسحق بن راهوية وقال انه مذهب الحسن

البصرى وعروة ابن الزبير وسليمان بن يسار. قالوا أيما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه. واحتج سليمان. بأن عمر بن الخطاب كان يليط(٤) أولاد الجاهلية بمن يدعيهم فى الاسلام.

وهذا المذهب مخالف لما ذهب اليه الجمهور من عدم ثبوت النسب بهذه الدعوة. غير أن الحنفية يقولون اذا ادعاه، ولم يقل بأنه من الزنا ثبت النسب منه مع توافر الشروط أما اذا صرح بأنه من الزنا فلا يثبت النسب منه.

وقد أول اسحق بن راهوية قول النبى صلى الله عليه وسلم، (الولد للفراش) بأن ذلك انما يكون عند تنازع صاحب الفراش والزانى فحيث لا فراش فقد زال المحذور، قال ابن القيم وهذا المذهب ظاهر كما ترى قوة ووضوحا.

وأقول: ان الذى تحصل عندى فى هذا المقام ثلاثة مذاهب

(الأول) أن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه وأقاربها دون أبيه وأقاربه وينعقد التوارث بينه وبين أمه وأقاربها فقط. وتجدر تفصيل ذلك فى كتابى بحث الموارث المقارن). (٥)

(الثانى) مذهب الشيعة الامامية - وهو أن ولد الزنا لا يثبت نسبه شرعا لا من أبيه ولا من أمه، وعلى ذلك فالتوارث منقطع بينه وبينهم جميعا.

(الثالث) أنه يثبت نسبه من كل من أمه وأبيه اذ ادعاه ولو قال انه من الزنا وهو المذهب الذى ذكرته هنا. أنظر اختيارات ابن تيمية وزاد الميعاد.

(هـ) قال ابن تيمية كما يعمل بقول القافة فى النسب كذلك يعمل به فى الأموال.

ومن أمثله ذلك أن يتداعى شخصان دابة فيدعى كل منهما أنها دابته نتجت من

(٤) أى يلحقهم به وينسبهم إليه والفعل من باب ضرب ، وقد جاء من باب نصر أيضاً .

(٥) الجزء الثانى من مجموعة انتقال ما كان يملكه الانسان حال حياته إلى غيره بعد موته - طبعة نادى القضاء

سنة ١٩٩٩.

دابة أخرى مملوكة له فشهد القائف لأحدهما عمل بشهادته. ومن ذلك ما اذا ادعى شخصان ثمرا أيديهما كل يدعى أنه له وأنه من بستانه فقال أهل الخبرة من القافة أنه من بستان فلان قضى له به. وجعل من القيافة أو شبيها بها ما اذا تنازع اثنان لباسا يلبسه أحدهما دون الآخر فدل العرف والقرينة انه لأحدهما قضى له به. وكذلك اذا ادعيا دابة فوضعت فى مكان بعيد ثم ذهبت منه إلى اصطبل أحدهما. ومنه تنازع الزوجين فى متاع البيت، وأشياء ذلك. انظر مبحث التنازع بالأيدى فى كتب المذهب الحنفى، واختلاف الزوجين فى متاع البيت ومسائل الحيطان والجيران، تجد الرجوع فى كل هؤلاء إلى ما يشبه أقوال القافة والعمل بالقرائن والعرف اذا أعوز الدليل.

مقارنة الدم:

ومما يناسب إراداه هنا ما قيل أخيرا فى دلالة مقارنة الدم بين شخص وآخر على ثبوت النسب بينها أو انتقائه. وهاك خلاصة القول فى ذلك.

نقل الاستاذ محمد شعير به فى آخر كتابه التحقيق الجنائى العلمى والعملى بحثا للدكتور الفاضل على بك توفيق شوشه وكيل معامل مصلحة الصحة وموضوعه «فحص الدم».

وقد جاء فى هذا المقال ما ملخصه أن دم أفراد بنى الانسان ينقسم إلى أربع فصائل. وبعد أن شرح هذه الفصائل وبين النسب فى كل فصيلة منها فى دم المصرين بناء على فحصه قال: انه من المفيد جدا استعمال تفاعل التجمع بين كرات الدم الحمراء، وجوهر التجمع فى المصل فى معرفة ما اذا كانت بقعة الدم التى تفحص من دم المتهم أو من شخص آخر وذلك بمعرفة الفصيلة التى ينتسب اليها دم المتهم، فاذا اختلفنا أمكن الحكم بأن البقعة ليست من دمه. وهنا تظهر أهمية الفحص من جهة كونه قرينة على نفى التهمة. أما اذا توافقنا فيحتمل أن تكون البقعة من دم المتهم كما يحتمل أن تكون من دم غيره من نفس الفصيلة أهـ وأقول انه مع قيام هذا الاحتمال يجب أن يلتبس دليل آخر على ثبوت التهمة من المتهم.

ثم قال ان بحث الدم لظاهرة التجمع يمكن استخدامه أحيانا فى اثبات أو نفى شرعية النسل.

فقد أظهرت الأبحاث أن قابلية التجمع التي في كرات الدم وراثية فالزواج بين الفصيلة الرابعة والفصيلة الرابعة ينتج نسلا من الفصيلة الرابعة فقط. والزواج بين الفصيلة الثانية والفصيلة الثانية ينتج نسلا من الفصيلة الرابعة والثانية. والزواج بين الفصيلة الثالثة والفصيلة الثالثة ينتج نسلا من الفصيلة الثالثة والرابعة فقط.

والزواج بين الفصيلة الرابعة والفصيلة الثانية ينتج نسلا من الفصيلة الرابعة والثانية. والزواج بين الفصيلة الرابعة والفصيلة الثالثة ينتج نسلا من الفصيلة الرابعة والثالثة. أما زواج بين الفصيلة الأولى أو الثانية والفصيلة الثالثة فانه ينتج نسلا من أى فصيلة.

فاذا ظهر أن فصيلة الطفل توافق مقتضيات التناسل المذكورة آنفاً جاز أن يكون الطفل شرعياً. أما اذا ظهر ان فصيلة الطفل لا توافق مقتضيات تناسل فصيلتي الوالدين فيمكن القول بأن أحدهما غير حقيقى أهد المراد منه. وجاء في صحيفة الأهرام منذ شهر من أقوال جماعة من أفاضل الأطباء وبعض المحامين نقلا عن كتاب الطب الشرعى فى مصر ما يؤيد أقوال الأستاذ على بك شوشة اذ اتفقت كلها على ان التحليل قطعى الدلالة فى حالة النفى. وليس قطعيا فى حالة الاثبات وذلك للاحتمال الذى اسلفناه فى أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون أبو الطفل واحدا منهم.

وهنا أمر ينبغى التنبه له جدا وهو أنه لا تلازم بين الولد الطبيعى والولد الشرعى فقد يجتمعان فيكون الولد طبيعيا وشرعيا وقد يفرقان بأن يزنى شخص بامرأة متزوجة فتلد ولدا منه فهذا الولد ابن شرعى للزوج، وابن طبيعى للزانى لكن الشرع وضع قاعدة فى هذه الحالة وهى أن الولد للفراش وعلى ذلك فحقوق الولادة وواجباتها ثابتة بين الولد وأبيه الشرعى دون أبيه الطبيعى.

وهذا باجماع مجتهدى الأمة كلهم بناء على ذلك النص الحكيم. غير ان للأب الشرعى أن ينفى نسب ذلك الولد باللعان، ومتى انتفى نسبه عنه فلا يلتحق بغيره أبدا ولا يقال لأمه زانية ولا يقال له ابن زنا ومن فعل ذلك أقيم عليه حد القذف كما بين ذلك كله فى مواضعه.

وعلى هذا فلو كانت شهادة مقارنة الدم نافية لنسب الولد عن أبيه الشرعى فلا قيمة لهذا النفى لأنه مصادم للنص، وكذا لو كانت مثبتة لنسب الولد من الزانى مع ذلك الاحتمال السابق فلا يثبت النسب من الزانى ولا من غيره حاشا الزوج الشرعى. وشأن مقارنة الدم هنا كشأن قول القائف تماما.

بقيت هنا مسألة جديرة بالنظر وهي ما اذا تزوج شاب بفتاة زواجا شرعيا صحيحا مستوفيا لكل الشروط المطلوبة شرعا ودخل بها وجاءت منه بولد أو بأولاد وكان هذا الزواج بعد سنة ١٩٣١ ولم تكتب به وثيقة رسمية ثم فارق ذلك الشاب تلك الفتاة وأنكر تزوجه بها وأنكر نسب الأولاد منه. فمن جهة الشرع نفسه تكون الزوجية ثابتة وكذا نسب الأولاد ولو شهدت القافة أو تحليل الدم على أنهم ليسوا منه على ما أسلفنا والآن بمقتضى المادة ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ لا تسمع دعوى الزوجية من الزوجة أما دعوى كون الأولاد أولاده، ففى حال حياته فلا سبيل لاثبات نسبهم منه إلا بناء على اقراره أو مستندات كتابية، أو بشهادة الشهود وقد يكون من ضمن الأوراق التي تدل على ثبوت نسبهم منه ورقة مكتوبة بخط يده يقول فيها انه تزوج فلانة - أى أم هؤلاء الأولاد - بتاريخ كذا زواجا شرعيا صحيحا ثم ولد هؤلاء الأولاد بعد ذلك الاعتراف علي فراش تلك الزوجية ولو شهدت القابلة أو شاهدان بأن الولد ولد على فراش الزوج فهل تقبل هذه الشهادة ويثبت نسب الولد؟ أو لا تقبل لعدم ثبوت الفراش قانونا، وان كان ثابتا شرعا. وكذا لو شهد بالنسب شاهدان بناء على التسماع على ما قدمنا في موضعه فهل يثبت النسب بشهادتهما مع عدم مخالفة ذلك لأي نص - نعم - إن الشهادة علي النسب تسمع فى الحاليتين.

وقد نصت المذكرة الايضاحية للمادة ٩٩ من اللائحة الشرعية - التى الغيت بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وأحلت بدلا منها المادة ١٧ منه - بعد الكلام علي منع سماع دعوى الزوجية إلا اذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية على ان:

«وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً فى دعاوى النسب بل هى باقية على

حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة ١٠١ من اللائحة القديمة».

وهنا تتصور حالات غريبة شاذة. يكون الزواج ثابتا شرعا بالاجماع لكن لا يثبت أمام المحاكم، فتضيع الانساب وترتكب المحرمات إذ يكون لهذه الزوجة التي لم يثبت زواجها أمام المحاكم ان تتزوج غير زوجها الشرعى حال قيام زوجيتها منه شرعا أو فى عدتها منه فتختلط الأنساب ويرتكب ما حرم الله. وقد يثبت النسب دون الزواج بأن يوجد من الزوج ما يدل على ثبوت نسبهم منه حال حياته أو بعد وفاته وهنا أيضا توجد حالة غريبة شاذة وهى ثبوت النسب المستلزم لثبوت الزوجية ضمنا وعدم ثبوت الزوجية بالأمر لعدم الوثيقة الرسمية.

وقد دارت مناقشتان بشأن هذا بمجلس شورى القوانين. أولاهما فى يوم السبت ٧ مايو سنة ١٩١٠ أنظر صفحة ٤٩٤ وما بعدها من مجموعة محاضر المجلس لسنة ١٩١٠ والثانية فى يوم الاثنين ٩ مايو من نفس السنة. انظر صفحة ٥٠٣ وما بعدها. وكان جواب وكيل الحقانية محصورا فى أن هذه المسألة من المسائل النادرة فلا ينبغى الالتفات إليها فى التشريع. لكن أقول لو حدثت ماذا يكون الحال؟ ألا يقع المسلمون كلهم فى الإثم بسبب ترك النظر فيها فيجب أن يلتمس مخرج من هذا المأزق الحرج. على أن الأمر لا يقف عند هذا الحد بل يتخطى المحاكم الشرعية إلى المحاكم المدنية ومحاكم الجنايات. فإذا زنت امرأة متزوجة زواجا شرعيا صحيحا ولكن لم يحرر بذلك الزواج وثيقة رسمية فهل لزوجها الشرعى أن يرفع عليها دعوى الزنا؟ وهل إذا تزوجت بغيره وهى فى عصمته وحرر بالزواج الثانى وثيقة رسمية وكانت قد ادعت أنها بكر لم تتزوج فهل تحول على محكمة الجنايات لأنها تزوجت وهى زوجة لغير من تزوجت به ثانيا؟ وكيف يثبت زواجها الأول؟ أثبت فى حق استحقاق العقوبة فقط دون ثبوت حقوق الزوجية أمام المحاكم الشرعية أم كيف يكون الحال؟. وإذا توفى موظف وقررت وزارة المالية لزوجته معاشا فتزوجت تلك الزوجة بعد انقضاء عدتها زواجا شرعيا لكن لم يكتب بذلك وثيقة رسمية وكانت تقبض معاشها بعد زواجها ثم

علمت وزارة المالية بهذا الزواج بعد عشر سنين (مثلا) فهل لها أن تسترد ما أخذته تلك الزوجة بدون حق؟ وكيف تثبت المالية ذلك أمام محكمة الجنايات والمحكمة المدنية هي والنيابة العمومية؟ أم تضيع أموال الدولة وراء ستار هذه الخيل؟ وبعد فهذه خواطر خطرت ببالي في هذا المقام واستغفر الله من الزلل. (١)

وجرى قضاء محكمة النقض على أن:

لما كانت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعى الحديث تفيد إمكان تعيين فصيلة الحيوان المنوى، كما أشارت بعض المراجع الطبية العلمية إلى بيان طريقة إجراء بحث الفصائل المنوية والخطوات التى تتبع فيها. لما كان ما تقدم، فقد كان متعينا على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهري عن طريق المختص فنيا وهو الطبيب الشرعى أما وهى لم تفعل، اكتفاء بما قالت من أن فوات فترة طويلة على الحادث يجعل التحليل أمرا غير مجد، فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفنى فى مسألة فنية بحتة، ومن ثم يكون حكمها معيبا إلى جانب الفساد فى الاستدلال بالإخلال بحق الدفاع مما يتعين مع نقضه والإحالة. (٢)

- النسب يثبت شرعا عند الإنكار بالبينه. (٣)

- النسب كما يثبت بالفراش أو الإقرار، يثبت بالبينه، بل إن البينه فى هذا المجال أقوى من مجرد الدعوى أو الإقرار ولا يشترط لقبولها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد إن كان، وإنما يكفى أن تدل على توافر الزواج والفراش بمعناه الشرعى. (٤).

(١) الطبعة الأولى

(٢) طعن رقم ٥٧٧٩ سنة ٥٢ ق جنائي جلسة ١٩٨٣/١/٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣٤ ص ٥٢

(٣) الطعن رقم ١١ سنة ٣٧ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٧٠/١١/٢٥

(٤) الطعن رقم ٣٨ سنة ٤٧ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٠/٣/٥

(٤، ٣) مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ص ٦٨٥ قاعدة ١٩٢٦، ص ٦٨٦ قاعدة ١٩٣١.

الباب التاسع

القرعة

معنى القرعة

قسمة المال المشترك

ترجيح أحد الأشخاص على غيره

منازعة إثنين أو أكثر:

في نسب ثالث

في مال تحت يد غيرهما

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

مقدمة معنى القرعة

معنى القرعة في اللغة السهم والنصيب.
وتطلق أيضا علي عمل يتعين به السهم والنصيب بطريق المصادفة والاتفاق،
اعتمادا علي القضاء والقدر.

قال في تبصرة الحكام نقلا عن فروق القرافي انه اذا تعينت المصلحة أو الحق في
جهة فلا يجوز اقراع بينه وبين غيره لأن في القرعة ضياع ذلك الحق المعين والمصلحة
المعينة.

ومتى تساوت الحقوق والمصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعا
للضغائن والأحقاد، والرضا بما جرت به الأقدار أهـ.

وقد رأيت تقسيم ما تدخله القرعة إلى ثلاثة فصول:

الأول: قسمة المال المشترك وتعيين نصيب كل واحد من الشركاء بعد القسمة
بالقرعة.

الثاني: في ترجيح أحد شخصين أو أكثر على غيره في الأولوية والتقديم في أمر
من الأمر كل واحد منهم صالح له وقد استووا كلهم في استحقاقه لصلاحيته وتأمله
له.

الثالث: أن يتنازع اثنان أو أكثر في نسب ثالث أو في مال في يد غيرهما، وكل
واحد يدعى أنه صاحب الحق فيه وحده وان منازعه مبطل في دعواه، والشئ المتنازع
فيه لا يعدو المتنازعين ولا مرجح لأحدهم علي الآخر.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

قسمة المال المشترك

إذا كان العقار مشتركاً بين ثلاثة نفر لأحدهم النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس (مثلاً) جعل القاسم العين المشتركة أسداساً لأن السدس أقل الأنصبة. وعلى ذلك يكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث السدس. ويلقب القاسم النصيب من أى جانب شاء بالأول ثم الذى يليه بالثاني ثم الذى يليه بالثالث. ثم يكتب أسامى الشركاء في بطاقات، ويطوى كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها حتى إذا انشقت وهى مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في وعاء أو في كفه ثم يخرج واحداً بعد واحد فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني، إلى أن ينتهي إلى الأخير. فان خرج أولاً في المثال المذكور اسم صاحب النصف كان له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالأول، وان خرج ثانياً كان له كذلك من الجانب الذى يلي الأول، وان خرج ثالثاً كان له كذلك من الجانب الذى يلي الثاني. وعلي هذا كل منهم (١) قال الزيلعى ولا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار، وهو حرام، لانا نقول لا يحصل الاستحقاق بالقرعة لأن الاستحقاق كان ثابتاً من قبل، اذ للقاضى ولاية الزام كل منهم بنصيبه بدون القرعة لأن ذلك في معنى القضاء فيملك الالزام به وانما صير إلى القرعة لتطيب قلوبهم، وهذا ليس بقمار، وانما القمار اسم لما يستحق به الانسان شيئاً لم يكن له من قبل. وليقس على المثال السابق غيره وكيفية القسمة وتعديل أنصبة الشركة مبينة في كتب الفقه الاسلامى أتم بيان وأدقة. والقرعة في القسمة ثابتة بالنص وبالإجماع.

(١) أنظر التبيين، وليست طريقة القرعة محصورة في المذكور هنا بل تكون بكيفيات أخرى متى أمكن الوصول إلى الغرض المقصود بها.

وقد نص القانون المدني على إجراء القرعة عند تحديد أنصباء المشتاعين عند إجراء قسمة المال الشائع.

فنصت المادة ٨٣٧ من القانون المدني «يكون الخبير الحصص علي اساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية، فان تعذرت القسمة على هذا الاساس جاز للخبير أن يجنب لكل حصته».

- المادة ٢ / ٨٣٩ من القانون المدني «فان كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب، تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المقرر».

الفصل الثانى

ترجيح أحد الأشخاص على غيره
في أمر كل منهم صالح له
وقد إستوتوا كلهم في إستحقاقه

له أمثلة كثيرة ..

(منها) القرعة بين الأئمة لأجل الصلاة اذا استوتوا من جميع الوجوه في
استحقاق الامامة.

(ومنها) عند ارادة السفر باحدى الزوجات.

(ومنها) إذا تنازع الخصمان فى أيهما المدعى. وأشكل الأمر علي القاضي فانه
يتعين المدعى منهما بالقرعة.

(ومنها) إذا اجتمع الخصوم عند القاضي وفيهم مسافرون ومقيمون وخاف
المسافرون فوات الرفقة قدموا، الا أن يكثروا كثرة يلحق المقيمين منها الضرر فيقرع
بينهم. انظر التبصرة.

وأقول - ومن ذلك ما اذا تقدم اثنان لعمل من الأعمال (وظيفة) وقد استوت
مؤهلاتهما من جميع الوجوه فانه يقرع بينهما، تطبياً للقلوب وازالة للأحقاد
والضغائن وهكذا.

الفصل الثالث

منازعة اثنان أو أكثر

في نسب ثالث أو في مال تحت يد غيرهما

ولا مرجح لأحدهم على الآخر

وهو أن تكون القرعة طريقاً من طرق الإثبات يتعين بها صاحب الحق ابتداءً. وهذا موضع خلاف الفقهاء فقد أنكره أبو حنيفة وأصحابه وجماعة من الفقهاء أشد الإنكار وعدوه من قبيل القمار المحرم. وقال بجوازه الأكثرون منهم وأيده ابن حزم وابن القيم، وقد دافع عنه الثاني دفاعاً عظيماً في كتابه «الطرق الحكمية». وهاك مثالين أحدهما في النسب والثاني في المال.

(أ) إذا ادعى اثنان أو أكثر نسب ولد، وليس لأحدهم مرجح علي الآخر في دعواه فعلى أحد الرأيين يقرع بينهم فمن خرجت له القرعة كان الولد ابنه فيقضى به له شرعاً عند أصحاب هذا الرأي، وقد يكون في الواقع ليس ولداً له. وقد ثبت عن علي رضي الله عنه أنه قضى بهذا في حادثة حصلت باليمن، وعلم النبي صلى الله عليه وسلم بقضائه ولم ينكره عليه بل ظهر منه صلى الله عليه وسلم ما يدل علي إقراره عليه. وأما أبو حنيفة وأصحابه فيجعلوا الولد ابناً لكل واحد من المتنازعين علي ما أسلفنا من التفصيل.

(ب) إذا ادعى اثنان أو أكثر عينا مالية في يد شخص آخر وأقام كل واحد منهم البينة علي دعواه، ولا مرجح لأحدهم (أنظر دعوى الرجلين في كتاب الدعوي). فعلى الرأي الأول يقرع الحاكم بينهم فيمن خرجت له القرعة قضى له بالمال المتنازع فيه. وهذا مذهب أحمد وإسحق وأبي عبيد وقول للشافعي. واختار ابن حزم أن يحلف من خرجت له القرعة ثم يقضى له. وقد يكون المال في الواقع ونفس

الأمر ليس لمن خرجت له القرعة.

وذهب أبو حنيفة ومن معه إلى أنه يقضى بالمال بين المتنازعين على السواء حيث لا مرجح، والمال قابل للاشتراك.

وهذا بخلاف ما لو ادعى رجلان نكاح امرأة حال حياتها واستوت أدلتهم من كل الجهات فإنه لا يقضى بها لواحد منهما لعدم المرجح ولا لهما لامتناع الاشتراك في الزواج شرعاً فتتهاتر البيتان، بخلاف دعوى المال لا مكان الاشتراك فيه.

ومن دعوى المال أن يدعى رجلان زواج امرأة بعد وفاتها فهذه في الحقيقة دعوى مال لأنها دعوى ميراث فيقضى بينهما عند استواء الأدلة (راجع دعوى الرجلين) وذهب الأوزاعي وهو رواية عن علي وقول للشافعي أنه يقضى لمن كانت بيته أكثر عدداً وذهب مالك إلى أنه يقضى لمن كانت بيته أعدل، وإن استوت البيتان في أصل العدالة.

وشرح هذا كله بالتفصيل مبين في دعوى الرجلين من كتاب الدعوى الذي هو الجزء الأول من كتابنا الأقضية والمرافعات الشرعية «طرق القضاء في الشريعة الإسلامية» والجزء الثاني منه، كتاب طرق الإثبات، والثالث كتاب القضاء. والله هو الموفق وبيده الأمر كله لا حول لنا ولا قوة إلا به..

« انتهى »

والحمد لله أولاً وآخراً.

وصلّى الله علي سيدنا محمد وعلي جميع الأنبياء والمرسلين.

مؤلفات المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك

السنة

الكتب

- ١٩٠٠ - كتاب المحيط في الحساب
★ الرسالة الأولى في الكلام عن الزمن وتحويل التواريخ
★ الرسالة الثانية في النقود والمقاييس والمكاييل والمساحات
وتحويل بعضها إلى بعض.
- ١٩٠١ - مختصر تاريخ اللغة العربية وبيان حالتها قبل الإسلام وبعده
- ١٩٠٣ - أدبيات اللغة العربية للمدارس الثانوية
(بالاشتراك مع مجموعة من مدرسي وزارة المعارف)
- ١٩٠٦ ★ وأعيد طبعه طبعة ثانية سنة ١٩٠٩
- دروس الشريعة الإسلامية لطلبة مدرسة الحقوق الخديوية
- ١٩٠٦ - مذكرات في المعاملات.
- ١٩٠٩ - الدعوى وطرق اثباتها.
- ١٩١١ - أحكام العبادات.
- ١٩١٢ - ملخص في المعاملات.
- ١٩١٤ - المرافعات الشرعية.
- ١٩٢٠ ★ وأعيد طبعه موجزا ١٩٢٥.
- ١٩٢٣ - كتاب القضاء.
- ١٩٢٤ - المعاملات الشرعية المالية.
- ★ وأعيد طبعه سنة ١٩٢٥، ١٩٣٤، ١٩٣٥، ١٩٣٦.
- ١٩٢٥ - الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية.
- ★ وأعيد طبعه مختصرا وفقا لآخر التعديلات سنة ١٩٣٠، ١٩٣٨.
- ١٩٢٧ - موجز في الهبة والوصية.
- ١٩٢٨ - طرق القضاء في الشريعة الإسلامية.

- ١٩٣٠ - نظام النفقات.
- ١٩٣٢ - الأهلية وعوارضها والولاية.
- ١٩٣٧ - أحكام الوقف والموارث.
- ★ وأعيد طبعه سنة ١٩٣٨.
- ١٩٣٨ - التركة والحقوق المتعلقة بها.
- ١٩٣٩ - مذكرة في علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامى.
- ١٩٣٩ - الهبة والوصية وتصرفات المريض.
- ١٩٤٠ - طرق الاثبات الشرعية.
- ١٩٤١ - أحكام التصرف عن الغير بطريقة النيابة.
- ١٩٤٢ - الموارث علما وعملا.
- ١٩٤٣ - الوصية.
- ١٩٤٤ - الوقف.
- ١٩٤٥ - مذكرة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام فى الشرع الإسلامى.

من أهم المقالات

- مصادر الفقه الإسلامى.
- تاريخ التشريع الإسلامى.
- العلاقة بين الدين والقانون.
- «بالغة الضرر من مقدمة مؤتمر لاهى للقانون، بالاشتراك مع د. على بدوى».
- تخالف القضاء والديانة فى بعض المسائل.
- الدين والعلم «لا تناقض بين الدين الإسلامى والمكتشفات العلمية الحديثة».
- وجوب وضع قانون شرعى غير مقيد بمذهب معين.
- تخصيص القضاء.
- قضاء القاضى بعلمه.
- وحدة المملكة القضائية واستقلالها فى البلاد الإسلامية.
- الحق ورأى فقهاء الشريعة الإسلامية فيه.
- مدى استعمال الحق وما يتقيد به فى الشريعة الإسلامية.
- العقود والشروط والخيارات.
- الغبن وأنواعه وتأثير كل منها فى العقود والتصرفات.
- الرأى فى الشفعة إذا كان المشتري أحد الشفعاء.
- التزام التبرعات.
- بحث مقارن فى المواريث.
- حول ميراث القاتل.
- بحث مستفيض جامع فى ميراث الأخوة والجد.
- حقوق المرأة فى الميراث.
- الوقف وما ينبغى أن تكون أحكامه والمبادئ التى أخذ بها فى مشروع قانون الوقف الجديد.
- الوقف وبيان أنواعه وخصائص كل نوع وما ينبغى أن تكون عليه أحكامه .
- الوقف. مشروعية الوقف الأهلى والرأى فى حل الأوقاف الأهلية.
- الإمامة العظمى فى الشريعة الإسلامية.
- «الإمام على» فى فقهه وقضائه.
- أحكام المرأة فى الشريعة الإسلامية وبيان ما لها وما عليها من الحقوق والواجبات.
- جامع أحكام المرأة فى الشريعة الإسلامية.

- تقليل النسل أو منعه والتعقيم.
- تحديد سن الزواج.
- حكم الشريعة الإسلامية في الزواج مع اتحاد الدين واختلافه وتغييره.
- تتبعية الأولاد للأبوين أو لأحدهما.
- الزواج المدني والزواج الديني في نظر الشريعة الإسلامية.
- ثبوت النسب.
- أكثر مدة للحمل.
- تعويض الزوجة عن الإخلال بوعدهم الزواج.
- الهدايا قبل الزواج.
- حماية الأسرة.
- الحياة الروحية ووجوب العناية بها.
- بعض آداب الإسلام: معاملة الرقيق - نفقة الحيوان والرفق به.
- القضاء والقدر من الناحية العملية وما ينبغي أن يكون عليه المسلم.
- وعشرات الفتاوى في مجلة الشبان المسلمين.

كما أعيد طبع المولفات الآتية وأدمج فيها المقالات المتعلقة بموضوعاتها.
طرق الإثبات الشرعية ١٩٨٥.

وأضيف إليها بالهوامش أحكام محكمة النقض ومواد قانون الإثبات الحالى ومشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.
وأعيد طبعة « طبعة رابعة » سنة ٢٠٠٣ مزيدة ومنقحة أعيد فيها ترتيب بعض الموضوعات وأضيف إليها أحكام المحكمة الدستورية العليا والحديث من أحكام محكمة النقض والتعليق على قانون الحسبة الصادر بالقانون ٣ لسنة ١٩٩٦ وقانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ومشروع قانون الأسرة.
« هذا المجلد »

- مجموعة انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته « التركة وحقوق المتعلقة بها، المواريث علما وعملا، الوصية تصرفات المريض مرض الموت » ١٩٨٧.
وأضيف إليها مواد القوانين التى تتصل بالموضوعات ومواد مشروع القانون العربى الموحد للأحوال الشخصية وأحكام محكمة النقض.

ثم أعيد طبعة « طبعة ثانية » سنة ١٩٩٩ أضيف إليها أحكام ميراث طفل الأنابيب والوصية له، وما استجد من أحكام محكمة النقض.

- مجموعة أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام محكمة النقض. ١٩٩٤.

وهى تتضمن أحكام الخطبة، وانعقاد الزواج وأحكامه، حقوق الزوجين، فرق الزواج وإثارة، حقوق الأولاد، ثبوت النسب، نسب الطفل المولود من التلقيح الصناعى وطفل الأنابيب، الرضاعة والحضانة النفقات، نفقة الزوجة والمطلقة والاولاد والأقارب، النفقة بسبب الملك، نفقة الحيوان، نفقة الأشياء الأخرى، سد الرق، الضيافة.

وأعيد طبعه « طبعة خامسة » سنة ٢٠٠٣ اضيف إليها التعليق على القانون رقم ١ سنة ٢٠٠٠، بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والتطليق للخلع وإثبات الطلاق والرجعة، والقوانين الواجبة التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية، وموضوع تأجير الرحم، قانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦.

أعيد طبع المؤلفات الآتية

- «بطريق التصوير من الأصل».
- علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي.
- الإلتزامات في الشرع الإسلامي.
- المعاملات الشرعية المالية.

وقعت بعض أغلاط مطبعية
لاتخفى عن القارئ

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أُسْكِنَهُ اللَّهُ الفردوس
www.moswarat.com

الفهرس

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

فهرس عام

رقم الصفحة	مجموعة طرق الإثبات الشرعية
٣	تقديم .. نادى القضاء
	المستشار زكريا أحمد عبدالعزيز
٥	مقدمة الطبعة الرابعة
	المستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم
٧	المؤلف الإمام الفقيه الشيخ أحمد إبراهيم
	الإعلام الزركلى
	الشيخ عبدالوهاب خلاف
	معالي إبراهيم دسوقي أباطة
	الشيخ عبدالفتاح أبوغدة
٩	الإمام الشيخ محمد أبوزهرة
١٣	تقديم الطبعة الثالثة
	الإمام الأكبر المرحوم الشيخ جاد الحق على جاد الحق
٢٣	مقدمة الطبعة الأولى
	المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم
	الكتاب الأول
٢٥	قواعد وتأصيل طرق الإثبات الشرعية
٢٩	الباب الأول معنى الدليل والأثبات والاثبات
٣٣	الباب الثانى آراء فقهاء الشريعة فى إطلاق الدليل
٤٥	الباب الثالث بيان من يلزم باقامة الدليل
	الكتاب الثانى
٦١	طرق الإثبات الشرعية
٦٥	الجزء الأول ما يفيد القاضى علماً يقيناً

فهرس عام

رقم الصفحة

٦٧ الباب الأول علم القاضى
٧٧ الباب الثانى التواتر
٨٥ الجزء الثانى الأداة التى تفيد القاضى ظناً راجحاً
٨٧ الباب الأول الخط أو الكتابة
١٥٥ الباب الثانى الشهادة
٤٤٥ الباب الثالث المعاينة
٤٥١ الباب الرابع الإقرار
٥٧٣ الباب الخامس اليمين
٦٤٣ الباب السادس القسامة
٦٧٩ الباب السابع القرينة
٧١٣ الباب الثامن القيافة
٧٣١ الباب التاسع القرعة
٧٤١ مؤلفات المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم

فهرس

رقم الصفحة

موضوعات المجموعة

الكتاب الأول

- قواعد وتأصيل طرق الإثبات الشرعية ٢٥
مقدمة تمهيدية ٢٧

الباب الأول

- معني الدليل الإثبات والثبوت ٢٩
الدليل ٢٩
الإثبات والثبوت ٢٩

الباب الثاني

- آراء فقهاء الشريعة في إطلاق الأدلة ٣٣
مقدمة ٣٥

الفصل الأول

- آراء القائلين بالإطلاق ودليلهم ٣٧

الفصل الثاني

- آراء القائلين بالتقييد ودليلهم ٤١

الباب الثالث

- بيان من يلزم بإقامة الدليل ٤٥

الفصل الأول

- على من يكون عبء الإثبات ٤٧

الفصل الثاني

- الشهادة على النفي ٥٣

فهرس

رقم الصفحة

الكتاب الثاني

٦١ طرق الإثبات الشرعية

مقدمة

..... تقسيم الأدلة من حيث قوة الإثبات

الجزء الأول

٦٥ ما يفيد القاضي علماً يقينياً

الباب الأول

٦٧ علم القاضي

الباب الثاني

٧٧ التواتر

الباب الثالث

٨٣ إضافة وتكملة «خاتمة»

الجزء الثاني

٨٥ الأدلة التي تفيد القاضي ظناً راجحاً

الباب الأول

٨٧ الخط أو الكتابة

الفصل الأول

٨٩ هل يعتبر الخط من طرق الإثبات

٨٩ الفرع الأول أدلة المانعون

٩١ الفرع الثاني أدلة المجوزين للعمل بالخط

١٠٣ الفصل الثاني اللوائح الشرعية والمجلة العلية

١٠٣ الفرع الأول اللاتحة الشرعية

فهرس

رقم الصفحة

- ١٤٠ الفرع الثانى المجلة العدلية
- ١٤٣ الفصل الثالث القوانين المصرية
- ١٤٤ الفرع الأول القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ (أنظر ص ٣٨٢)
- ١٤٤ الفرع الثانى نبذة سريعة مختصرة عن القوانين

الباب الثانى

- ١٥٥ الشهادة

الفصل الأول

- ١٥٧ تعريف الشهادة
- ١٥٧ الفرع الأول تعريف الشهادة فى اللغة
- ١٥٨ الفرع الثانى تعريف الشهادة شرعاً

الفصل الثانى

- ١٦١ حجية الشهادة

الفصل الثالث

- ١٦٣ تحمل الشهادة «مقدمة»

- ١٦٤ الفرع الأول شرائط تحمل الشهادة

- ١٦٦ الفرع الثانى الأسباب المجوزة للشهادة

- ١٦٦ المبحث الأول معاينة اليد

- ١٦٨ المبحث الثانى معاينة السبب

- ١٧٠ المبحث الثالث الشهادة بالتسامع

- ١٧٤ كيفية الشهادة بالتسامع

الفصل الرابع

- ١٧٩ أداء الشهادة والامتناع

فهرس

رقم الصفحة

١٧٩ الفرع الأول أداء الشهادة
١٨٢ الفرع الثاني الامتناع عن أداء الشهادة
١٨٢ تعزيز الشاهد
١٨٣ الأعذار التي تبيح للشاهد ألا يؤدي الشهادة
١٨٧ الفرع الثالث مصاريف الشاهد
	الفصل الخامس
١٨٩ شروط أداء الشهادة
١٨٩ الفرع الأول المكان
١٩١ الفرع الثاني نفس الشهادة
١٩٨ الفرع الثالث شروط المشهود به
٢٠٠ الفرع الرابع عدم تكذيب الحس للشهادة
٢٠٢ الفرع الخامس: الشروط الخاصة في الشهادة
	الفصل السادس
٢٠٩ شروط الشاهد .. العامة والخاصة
٢٠٩ الفرع الأول الشروط العامة
٢١٠ المبحث الأول كون الشاهد من أهل الولاية
٢١٠ العقل، البلوغ، الحرية
٢١٤ المبحث الثاني اتصاف الشاهد بما يرجح الصدق
٢١٤ العدالة
٢١٨ كون الشاهد غير متصف بما يخل المروءة
٢٢٠ المبحث الثالث إنتفاء التهمة عن الشاهد
٢٣٠ المبحث الرابع النطق والبصر

فهرس

رقم الصفحة

.....	شهادة الأخرس، شهادة الإعمى
٢٣٣	الفرع الثانى الشروط الخاصة فى الشاهد
.....	الإسلام . الذكورة . الأصالة العدد
٢٤٠	الفرع الثالث تقسيم المالكىة للشهود
.....	الفصل السابع
٢٤٢	مراتب الشهادة أو نصابها
٢٤٤	الفرع الأول الشهادة على الزنا
٢٤٤	النص، الاجماع، إقامة الحد
٢٤٩	الفرع الثانى الشهادة على سائر الحدود
٢٥٠	الفرع الثالث الشهادة على ما لا يطلع عليه الرجال
٢٥٢	الفرع الرابع الشهادة على سائر الحقوق
.....	الفصل الثامن
٢٦١	موافقة الشهادة للدعوى وللشهادة
٢٦١	مقدمة وتمهيد
٢٦٥	الفرع الأول موافقة الشهادة للدعوة
٢٧٥	الفرع الثانى موافقة الشهادة للشهادة
٢٧٧	لمبحث الأول اختلاف الشاهدين فى نفس المشهود به
٢٧٩	لمبحث الثانى اختلاف الشاهدين فى قدر المشهود به
.....	دعوى العقد، دعوى الدين، دعوى العين
٢٨٢	لمبحث الثالث اختلاف الشاهدين فى زمان المشهود به
.....	الشهادة على الافعال، الشهادة على الأقوال

فهرس

رقم الصفحة

٢٩١ الفصل التاسع
	التزكية وتعديل الشهود وجرحهم (نبذة تاريخية)
٢٩٩ الفصل العاشر
	الشهادة على الشهادة
	شروط قبول الشهادة على الشهادة
٣٠٥ الفصل الحادى عشر
	الرجوع عن الشهادة
	مقدمة
٣٠٦ الفرع الأول تأديب الشاهد وعقوبته .. شاهد الزور
٣٠٧ المبحث الأول تعزيز الشاهد فى غير شهادة الزنا
٣١٠ المبحث الثانى إذا رجع عن شهادة الزنا
٣١٢ الفرع الثانى تأثير رجوع الشاهد فى القضاء وضمانه
٣١٢ المبحث الأول تأثير رجوع الشاهد فى القضاء
٣١٦ المبحث الثانى فى الضمان البدنى
٣١٩ المبحث الثالث الضمان المالى
	سبب وجوب الضمان، شرائطه، مقداره
٣٢٥ المبحث الرابع تنمة
	رجوع شهود الأصل، رجوع المزكين
٣٢٦ الفرع الثالث ملخص شهادة الزور والرجوع عن الشهادة
	أثناء نظر الدعوى، بعد اقفال باب المرافعة
	بعد النطق بالحكم وقبل التنفيذ، بعد التنفيذ
٣٣١ الفصل الثانى عشر
	شهادة الحسبة

فهرس

رقم الصفحة

مقدمة

٣٣٣

الفرع الأول الحق أقسام الحق، حق الله، حق العبد، الحق المشترك، أقسام حقوق الله، تقسيم الحقوق من حيث دخولها تحت القضاء، تقاسيم أخرى للحقوق، الطرق التي يتوصل بها الإنسان إلى حقه .

الفرع الثاني الحقوق التي ترفع بها دعوى الحسبة، دعوى الحسبة، توجيه اليمين ، تأخير شهادة الحسبه، هل يعتبر شاهد الحسبة مدع، التوكيل فى دعوى الحسبة، اجراءات دعوى الحسبة، خاتمه

٣٤٤

الفرع الثالث التعليق علي القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦، ٨١ لسنة ١٩٩٦

٣٥٤

القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم إجراءات دعوى الحسبة

٣٥٩

القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات

٣٦٢

الفرع الرابع اجراءات نظر دعوى الحسبة أمام النيابة والمحاكم مقدمة، دور النيابة العامة، نظر الدعوي أمام القضاء، محكمة الدرجة الأولى، محكمة الاستئناف، محكمة النقض

الفصل الثالث عشر

٣٦٧

الشهادة في اللائحة الشرعية (نبذة تاريخية)

٣٧٩

الفصل الرابع عشر

القوانين المصرية

٣٧٩

الفرع الأول الأدلة الكتابية والشهادة

٣٨٢

الفرع الثانى القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

٤٢٢

الفرع الثالث مشروع قانون محاكم الأسرة

فهرس

رقم الصفحة

٤٤١ الفصل الخامس عشر
	آية المدائنة وتفسيرها
٤٤٧ الباب الثالث
	المعائنة
٤٥٣ الباب الرابع
	الاقرار
٤٥٤ مقدمة
	الفصل الأول
٤٥٥ تعريف الاقرار لغة وشرعاً
٤٥٥ الفرع الأول تعريف الاقرار لغة
٤٥٦ الفرع الثاني تعريف الاقرار شرعاً
٤٦١ الفصل الثاني
	سبب الاقرار ودليل حجته
٤٦١ الفرع الأول سبب الاقرار
٤٦٢ الفرع الثاني دليل حجته
٤٦٥ الفصل الثالث
	ركن الاقرار
٤٧٥ الفصل الرابع
	تجزؤ كلام المقر
٤٧٩ الفصل الخامس
	شروط الاقرار
٤٧٩ الفرع الأول شروط المقر

فهرس

رقم الصفحة

٤٨٢ الفرع الثانى شروط المقر له
٤٨٥ الفرع الثالث شروط المقر به
٤٩١ الفصل السادس
	حكم الاقرار
٤٩١ الفرع الاول كون الاقرار حجه على المقر وحده
٤٩٢ ما خرج عن هذه القاعدة
٤٩٥ الفرع الثانى كون الاقرار حجة بنفسه
٤٩٧ الفصل السابع
	ما يعرض للإقرار بعد تمامه
٤٩٧ الفرع الاول تكذيب الحاكم إياه
٤٩٨ الفرع الثانى دعوى المقر انه كاذب
٥٠١ الفرع الثالث رجوع المقر عن اقراره
٥٠٥ الفصل الثامن
	ما يلحق بالاقرار من بيان
	مقدمة
٥٠٦ الفرع الاول الاستثناء
	الاستثناء، ما يدخل تبعاً، الوصف والمشئة
٥١٥ الفرع الثانى البيان المغاير
٥١٩ الفصل التاسع
	الإقرار بالكتابة
٥٢١ الفصل العاشر
	الإقرار بالنسب

فهرس

رقم الصفحة

مقدمة

٥٢٢	الفرع الأول الاقرار بالنسب الذى ليس فيه تحميل علي الغير
٥٢٢	المبحث الأول اقرار الرجل
	بالولد، والوالد والأم والزوجة ومولى العتاقة
٥٣٠	المبحث الثانى اقرار المرأة
	بالولد والوالد والأم والزوج ومولى العتاقة
٥٣٥	المبحث الثالث تكملة
٥٣٧	الفرع الثانى الاقرار بالنسب الذى فيه تحميل علي الغير
٥٤٣	الفصل الحادي عشر

إقرار المريض

مقدمة

٥٤٤	الفرع الأول إقرار المريض الأجنبى
٥٤٦	الفرع الثانى إقرار المريض لوارثة وإقراره بالوارث
٥٤٦	المبحث الأول إقراره للوارث
٥٥٤	المبحث الثانى إقراره بالوارث
٥٥٥	الفرع الثالث ديون الصحة وديون المرض
٥٦٠	الفرع الرابع إبراء المريض مدينه
٥٦١	الفصل الثاني عشر

تنمة فى سماع البينة بعد الإقرار

٥٦٢	الفصل الثالث عشر
-----	------------------------

الإقرار قانوناً

فهرس

رقم الصفحة

٥٦٩ الفصل الرابع عشر
	اللائحة الشرعية (نبذة تاريخية)
٥٧٢ الباب الخامس
	اليمين
	الفصل الأول
٥٧٥ معنى اليمين وأقسامها
٥٧٥ الفرع الأول معنى اليمين
٥٧٩ الفرع الثاني أقسام اليمين
٥٨١ الفصل الثاني
	متي توجه اليمين وإلى من توجه ومن الذي يوجهها
٥٨١ الفرع الأول متى توجه اليمين
٥٨٥ الفرع الثاني إلى من توجه اليمين
٥٨٨ الفرع الثالث من الذي يوجه اليمين
٥٩٣ الفصل الثالث
	كيفية عرض اليمين
٥٩٥ الفصل الرابع
	النكول عن اليمين
	الفصل الخامس
٦٠٣ إفتداء المنكر بيمينه والمصالحة عنها
٦٠٥ الفصل السادس
	رد اليمين

فهرس

رقم الصفحة

٦١١ الفصل السابع
	ما يحلف به وكيف يستحلف
٦١٥ الفصل الثامن
	ما يحلف عليه
٦١٥ الفرع الأول التحليف علي النبات والتحليف على العلم
٦١٦ الفرع الثاني التحليف علي الحاصل أو السبب
٦١٩ الفصل التاسع
	مسائل متنوعة متعلقة بما سبق
٦٢٥ الفصل العاشر
	القضاء بشاهد وبمين
٦٣١ الفصل الحادى عشر
	أحكام اليمين قانوناً، مقارنة بالشرعة الاسلامية
	اليمين غير القضائية، اليمين الحاسمة، أهلية من توجه إليه ومن يوجهها،
	كيفية حلف اليمين، اليمين المتمة
٦٣٧ الفصل الثانى عشر
	اليمين فى اللائحة الشرعية (نبذة تاريخية)
٦٤٣ الباب السادس
	القسامة
٦٤٥ الفصل الأول
	معنى القسامة وفائدتها
٦٤٥ الفرع الأول معنى القسامة
٦٤٧ الفرع الثانى فائدة القسامة

فهرس

رقم الصفحة

٦٤٩ الفصل الثاني
	مشروعية القسامة
٦٥٥ الفصل الثالث
	كيفية القسامة
٦٥٩ الفصل الرابع
	سبب وشروط وجوب القسامة والدية
٦٥٩ الفرع الأول سبب وجوب القسامة والدية
٦٦١ الفرع الثاني شروط وجوب القسامة والدية
٦٦٥ الفصل الخامس
	الدية والعاقلة
٦٦٥ الفرع الأول الدية
٦٧٢ الفرع الثاني العاقلة
٦٧٥ الفصل السادس
	خاتمة
٦٧٧ الباب السابع
	القرينة
٦٧٩ مقدمة
	معنى القرينة
٦٨٣ الفصل الأول
	القرينة فى القانون
٦٨٧ الفصل الثاني
	القرائن الشرعية

فهرس

رقم الصفحة

٦٨٧ مقدمة ، تقسيم القرائن الشرعية
٦٨٨ الفرع الأول القرائن الشرعية
٦٩١ الفرع الثاني القرائن القضائية الشرعية
٦٩٨ الفرع الثالث مقتطفات من كتب فقهاء الشريعة وغيرهم
٧٠٧ الفرع الرابع خاتمة خلاصة الموضوع
٧١٣ الباب الثامن
 القيافة
٧١٥ مقدمة
 تعريف القيافة
٧١٦ الفرع الأول ما يتعلق بتتبع الآثار
٧١٨ الفرع الثاني ما يتعلق بثبوت النسب
٧٢١ الباب التاسع
 القرعة
٧٢٢ مقدمة
 معني القرعة
٧٢٥ الفصل الأول
 قسمة المال المشترك
٧٢٧ الفصل الثاني
 ترجيح أحد الاشخاص على الآخر
٧٢٩ الفصل الثالث
 تنازع أكثر من شخص ولا مرجع لواحد

رقم الإيداع: ٢٠٠٢/١١٤١٢

الترقيم الدولي: I.S.B.N. 977-236-406-9

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

طبع بمطابع دار (الجمهورية) للصحافة

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com